

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NUBIA ELSA
HERNANDEZ TORRES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 17 2019 00109 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. 303924 del C.S.J, como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder allegado a las diligencias vía correo electrónico.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de 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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de

Bogotá D.C., el 18 de junio de 2020 (Record: 39:06, Acta a folios 98 a 101), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES conforme a lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora NUBIA ELSA HERNÁNDEZ TORRES identificada con la cedula de ciudadanía 21.057.653 tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez con base en los términos del artículo 9 de la ley 797 de 2003 a partir del 21 de julio de 2018, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$1.635.206 al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 73.5% y que nos arroja una mesada mensual de \$1.201.116 junto con los incrementos de ley y la mesada adicional de diciembre.

TERCERO: DECLARAR que la pensión de vejez legal que se dispone reconocer en esta providencia es compatible con la pensión de jubilación reconocida a la demandante como docente del sector oficial a cargo de la secretaría de educación del distrito y que está a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora HERNÁNDEZ TORRES la suma de \$30.110.093 por concepto de mesadas causadas entre el 21 de julio de 2018 y el 31 de mayo de 2020, a partir de junio de 2020 deberá pagar una mesada de \$1.286.404.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que de los valores reconocidos por concepto de retroactivo pensional a la demandante descuenta en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al sistema de seguridad en salud según las consideraciones expuestas.

SEXTO: CORDENAR a COLPENSIONES a pagar intereses moratorios a favor de la demandante respecto de cada una de las mesadas causadas a partir del 21 de julio de 2018 y las que se causen en adelante aplicando para el efecto la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago, intereses que se deberán liquidar respecto de todas las mesadas pero a partir del 20 de enero de 2019.

SEPTIMO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra según las razones expuestas.

OCTAVO: CONDENAR en COSTAS a la demandada en proporción del 80%, en firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$3.500.000 moneda corriente.

NOVENO: Se dispone la CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES ante la sala laboral del honorable tribunal superior de este distrito judicial, remítase el expediente una vez concluya la diligencia”

Inconforme con la decisión, la apoderada de Colpensiones en su alzada manifiesta que la demandante ya cuenta con una prestación reconocida por la secretaría de educación del distrito como una pensión vitalicia de jubilación con status pensional del 22 de julio de 2016, por ende asegura conforme a lo indicado en la ley 812 de

2003 que habla de una incompatibilidad pensional para aquellas personas que se vinculan a partir de la vigencia de la vigencia de esa ley, esto es, a partir del 27 de junio de 2003, lo cierto es que la demandante acredita los presupuestos de la ley 797 durante la vigencia de la ley 812 de 2003 por lo que no hay una compatibilidad pensional entre la prestación que ya viene percibiendo la demandante y la que se pretende reconozca COLPENSIONES, por lo que en su sentir conforme a lo indicado en el artículo 19 de la Ley 4° de 1992 se produce la incompatibilidad entre la prestación solicitada y la ya reconocida toda vez que las necesidades constitucionales del mínimo vital y seguridad social propias derivadas por el riesgo de vejez, se encuentran debidamente cubiertas y amparadas por la administración de justicia y en ese sentido es improcedente la pretensión y la condena de un reconocimiento adicional a cargo de su representada¹. (Record: 42:48).

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 actora las pretensiones elevadas a folio 5 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folio 4, pretendiendo principalmente se reconozca, liquide y pague la pensión de vejez de acuerdo a lo señalado en la Ley 100 de 1993 y en consecuencia se condene a Colpensiones al pago de las sumas de dinero con los

¹ “Gracias su señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad procesal, me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de adoptar el despacho, la cual entro a sustentar de la siguiente forma:

Teniendo en cuenta que la señora NUBIA ELSA HERNÁNDEZ TORRES acredita los presupuestos para acceder presuntamente a un derecho pensional bajo lo dispuesto en la ley 797 de 2003 en el año 2016, lo cierto es que la demandante ya cuenta con una prestación reconocida, si bien por la secretaría de educación del distrito como una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la resolución 9462 del 27 de diciembre de 2016 con un estatus pensional del 22 de julio de 2016. Con ello y conforme a lo indicado en la ley 812 de 2003 que nos habla de una incompatibilidad pensional que se presenta para aquellas personas que se vinculan a partir de la vigencia de la vigencia de esta ley, a partir del 27 de junio de 2003, lo cierto es que la demandante acredita los presupuestos de la ley 797 durante la vigencia de la ley 812 de 2003 por lo que no hay una compatibilidad pensional entre la prestación que ya viene percibiendo la demandante y la que se pretende, reconozca la AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

Lo que quiere decir que conforme a lo indicado en el artículo 19 de la ley cuarta de 1992 pues se produce la incompatibilidad entre la prestación solicitada y la ya reconocida toda vez que las necesidades constitucionales del mínimo vital y seguridad social propias derivadas por el riesgo de vejez, se encuentran debidamente cubiertas y amparadas por la administración de justicia y en ese sentido es improcedente la pretensión y la condena de un reconocimiento adicional a cargo de mi representada. Conforme a ello solicito al honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, absolver a mi representada de todas las condenas impuestas en primera instancia. Muchas gracias.”

correspondientes intereses moratorios conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación, como también solicita se efectúen condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del cumplimiento de los 57 años de edad, en cuantía de \$1.201.116, calculando como retroactivo adeudado al 31 de mayo del 2020 la suma de \$30.110.093, disponiendo el pago de intereses moratorios a partir del 20 de enero del 2019, declarando no probada la excepción de prescripción y declarando dicha pensión compatible con la de jubilación del magisterio que devenga la demandante, tras considerar que la pensión de vejez se causó con tiempos de aportes privados diferentes a los tenidos en cuenta para la pensión de jubilación.

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 a la 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 pensionada que ostenta la demandante, en tanto actualmente devenga una Pensión Vitalicia de Jubilación otorgada por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a través de la Resolución No. 9462 del 27 de diciembre del 2016, en cuantía de \$2.386.118 a partir del 22 de julio del 2016 (fls. 49 y 50 del expediente digital).

En este orden y con el fin de estudiar los argumentos de apelación de la entidad demandada, a efectos de determinar la compatibilidad entre tal pensión 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 de jubilación reconocida desde el 22 de julio del 2016 está a cargo de la FIDUPREVISORA como entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ver contenido fl. 49), 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 prestación, esto es, la Pensión de Jubilación se aplicaron las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 962 del 2005, mientras que la que aquí se reclama se analizará en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

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 administrativo aportado por Colpensiones y que se encuentra digitalizado y lo indicado a folio 15*), 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 conforme se indica a folio 47 por la Secretaría de Educación, tratándose entonces como ya se dijo de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que la promotora 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.”².

En esta misma dirección, tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política³ en atención a que Colpensiones en el acto administrativo que negó el derecho (ver fls. 14 a 21) también alega una posible incompatibilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992⁴, 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.

² Sentencia de 19 de octubre de 2006, C. P. doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

³ “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”.

⁴ “Artículo 19º.- 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.”

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, adoctrinando 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 4° 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 avante, 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 1° 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)”.

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a determinar si la demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada con fundamento en el artículo

“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.” (Resaltos 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".

33 de la Ley 100 de 1993⁷, disposición que exige para el caso de las mujeres, haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 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 51 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 21 de julio de 1961, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se concluye que la accionante cotizó una cantidad de **1626,57 semanas**, siendo su último aporte para el ciclo de enero del año 2016 (fl. 15), esto es, antes de cumplir los 57 años de edad conforme a la historia laboral obrante en el expediente electrónico, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para ese entonces (2018) las semanas requeridas eran 1300.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, 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.”

En ese orden, se advierte que si bien en la historia laboral ya citada se evidencia como última cotización la del mes de enero del 2016, lo cierto es que solo puede proceder el reconocimiento pensional a partir de la calenda en que la demandante adquirió el status de pensionada, que no es otra que la fecha en que cumple con el número de semanas y edad exigidos por la normatividad aplicable la presente

⁷ “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”.

asunto, por ende en el caso bajo estudio resulta procedente el reconocimiento a partir del **21 de julio del 2018** (fecha del cumplimiento de los 57 años fl. 151).

Advertido lo anterior, a continuación se procede a verificar el cálculo del I.B.L. y de la primera mesada pensional realizado en primera instancia, señalando 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 más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993.

Así, realizadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidar creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte integra de la sentencia, se obtiene un valor del I.B.L. de los últimos 10 años por ser el más favorable al demandante la suma de \$2.375.617,89 (pues el de toda la vida arrojó un valor de \$1.705.245,01), al cual se le aplica la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, del 72,98% obteniéndose un valor por concepto de primera mesada pensional actualizada al año 2018 de **\$1.733.716,17⁸**, suma que aunque resulta superior a la hallada por el Juez *a quo* -\$1.201-116-, no se tendrá en cuenta para modificar la sentencia, por cuanto con ello se haría más gravosa la

8

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2006	330	84,103	138,85	1,651	\$ 1.411.209,64	\$ 2.329.908,55	\$ 25.628.994,00
2007	360	87,869	138,85	1,580	\$ 1.595.500,00	\$ 2.521.271,83	\$ 30.255.261,95
2008	360	92,872	138,85	1,495	\$ 1.690.500,00	\$ 2.527.478,36	\$ 30.329.740,29
2009	360	100,000	138,85	1,389	\$ 1.775.916,67	\$ 2.465.931,15	\$ 29.591.173,81
2010	360	102,002	138,85	1,361	\$ 1.850.583,33	\$ 2.519.179,66	\$ 30.230.155,88
2011	360	105,237	138,85	1,319	\$ 1.933.750,00	\$ 2.551.480,45	\$ 30.617.765,42
2012	360	109,157	138,85	1,272	\$ 2.013.416,67	\$ 2.561.172,56	\$ 30.734.070,73
2013	360	111,816	138,85	1,242	\$ 1.578.333,33	\$ 1.959.991,00	\$ 23.519.891,96
2014	360	113,983	138,85	1,218	\$ 1.767.166,67	\$ 2.152.769,52	\$ 25.833.234,29
2015	360	118,152	138,85	1,175	\$ 1.863.166,67	\$ 2.189.627,55	\$ 26.275.530,63
2016	30	126,149	138,85	1,101	\$ 1.870.000,00	\$ 2.058.328,13	\$ 2.058.328,13
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2018	\$ 285.074.147,07
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.375.617,89
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					72,98%
		Primera mesada					\$ 1.733.716,17
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2018	\$ 781.242,00

situación de la encartada en favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, confirmándose por ende este aspecto de la sentencia.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada, se debe precisar la demandante tiene derecho a devengar 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8º y parágrafo 6º del Acto Legislativo 01 de 2005), confirmándose este punto.

Ahora, en cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada (fl. 59)⁹, se tiene que no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 21 de julio de 2018 data en la que la actora cumplió los 57 años de edad (fl. 51); presentando reclamación una vez cumplió la edad y semanas exigidas por la Ley, el 20 de septiembre del 2018 conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 301101 del 20 de noviembre del 2018 (fl. 14), a través de la cual se negó el derecho, notificada personalmente el 23 de noviembre del 2018 (fl. 13) y se interpuso la presente demanda el 8 de febrero del 2019 (fl. 52), por lo que es claro que no transcurrió 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 ese orden, se procederá a verificar el retroactivo pensional al cual fue condenado Colpensiones, teniendo en cuenta la mesada obtenida en primera instancia (\$1.201.116), desde el 21 de julio del 2018 con corte al 31 de mayo de 2020 (fecha hasta la cual lo liquidó el Juez *a quo*), el cual arroja una suma de **\$30.150.144¹⁰**, cifra que se puede verificar con la liquidación anexa que hace parte

⁹ Por auto del 22 de enero del 2020 se tuvo por contestada la demanda (fl. 67).

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
21/07/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.201.116,00	6,33	\$ 7.607.068,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.239.311,49	13,00	\$ 16.111.049,4
01/01/20	31/05/20	3,80%	\$ 1.286.405,33	5,00	\$ 6.432.026,6
Subtotal desde 21-07-2018 a 31-5-2020					\$ 30.150.144,0

integrante de la presente decisión y que resulta superior a la hallada por el Juez primigenio (**\$30.110.093**), por lo que éste punto tampoco será objeto de modificación por la Sala, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la pasiva, se confirma.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, atendiendo a que, el derecho pensional de la accionante está siendo reconocido con fundamento en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, como es el caso de la aquí demandante, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos de tal normativa, dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la actora al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

De ésta suerte, como quiera que la pensión de vejez fue solicitada el 20 de septiembre de 2018 (fl. 14), los intereses moratorios deben ser impuestos a partir del 20 de enero de 2019, que sería la fecha de vencimiento del plazo de cuatro meses previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003¹¹, tal como se estableció en el fallo aquí consultado por ende se confirmará la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se deben pagar los intereses moratorios.

Agotada como se encuentra esta instancia, y conforme a las consideraciones expuestas se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

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

¹¹ “Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 “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. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

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 Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: 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 MILLAN

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 MILLAN

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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELVIRA ROA
MOGOLLÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 15 2018 00635 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA ELENA FIERRO GARCIA identificada con C.C. No. 1.024.463.217 y T.P. 291785 del C.S.J, como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder allegado a las diligencias vía correo electrónico visible a folio 210.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de Colpensiones y la demandante (fls. 203 a 206 y 212 a 214), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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 surtir el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de febrero de 2020 (Cd a folio 189, record: 01:24:14, acta a folios 197 a 199), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NULA O INVALIDA LA AFILIACIÓN *efectuada por la señora demandante ELVIRA ROA MOGOLLÓN con cedula 51.607.272 el día 26 de abril del año 1999 con efectividad a partir de junio de 1999 a través del fondo COLMENA hoy representado por PROTECCIÓN y como consecuencia de lo*

anterior **ORDENAR** a este fondo **PROTECCIÓN** traslade los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante al régimen de prima media a través de la administradora **COLPENSIONES**, que esta reactive la afiliación de la demandante y que tenga como semanas efectivamente cotizadas ante el régimen de prima media dichos recursos, teniendo en cuenta para todos o efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dadas las consecuencias de esta nulidad o ineficacia, lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante de la pensión de vejez bajo los términos previstos en la ley 797 de 2003, la cual se hará exigible y se empezará a pagar una vez se acredite el retiro efectivo del sistema por parte de la señora **ELVIRA ROA MOGOLLÓN**, para este efecto se tendrá en cuenta para la liquidación hasta la última semana cotizada y se obtendrá esta pensión con el **IBL** más alto obtenido entre lo cotizado en toda la vida laboral y los últimos 10 años, igualmente se reconocerán 13 mesadas pensionales esta pensión y, se tendrá en cuenta el número de semanas para efectos de obtener la tasa de reemplazo aplicable, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: No CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme a lo indicado.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y si la presente providencia no fuere impugnada, dada la naturaleza jurídica de **COLPENSIONES** y la posición que tiene cada una de las salas del honorable Tribunal Superior de Bogotá, entonces se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la parte demandada **COLPENSIONES**, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

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 ELVIRA ROA MOGOLLÓN, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 6 y 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 6 dirigidas de manera principal a que se declare la nulidad absoluta de la afiliación al fondo de pensiones y cesantías Colmena hoy Protección, en consecuencia se le ordene consignar a Colpensiones el valor de los aportes con sus rendimientos y demás emolumentos recibidos, igualmente solicita

se ordene a Colpensiones reconocerla como afiliada y beneficiaria del régimen de prima media, reconociendo, liquidando y pagando la pensión de vejez a que tiene derecho desde la fecha en la cual cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional, junto con el retroactivo que se cause debidamente indexado, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora, condenando a la AFP Protección a la devolución de los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora, igualmente condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 del 2003 condicionando su disfrute o exigibilidad al día siguiente del retiro del sistema, ordenándose liquidar la prestación con el IBL dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y con la tasa de reemplazo que establece el artículo 34 *ibídem*, tras considerarse que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, pues para el 1° de abril de 1994 no contaba ni con la edad ni con el tiempo exigido por la Ley.

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 2002¹.

Así las cosas, a folio 15 se encuentra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 6 de abril de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 06 de abril del 2018, procediendo a solicitar la nulidad del traslado efectuado al RAIS, mediante las peticiones

¹ 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”.

elevadas ante Colpensiones los días 21 de mayo del 2009 (fl. 34) - cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho- y 17 de septiembre del 2018 (fl. 178) - 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 (fl. 186) contaba con 513 semanas de cotización, equivalentes a 12 años y 10 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 ineficacia 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 26 de abril de 1999 (fl. 159) específicamente, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP, **precisándose** en este punto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma AFP PROTECCIÓN desde la contestación de la demanda aceptó que la actora se trasladó (ver fundamentos de derecho fl. 140) 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.

Así las cosas, 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 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 de la demandante a la AFP Protección antes Colmena, a la cual se trasladó en la fecha anteriormente expresada.

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 2011², Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 1421

² “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.

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.

“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.

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 promotora del litigio 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 señora ELVIRA ROA MOGOLLON 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. Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la actora³, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, en tanto únicamente refirió que la asesoría solo se dirigió a mostrarle los beneficios del RAIS tales como una mayor rentabilidad y que se iban a pensionar antes de la edad exigida por Ley.

En la misma dirección, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 164 y 165, 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 textos legales relacionados 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 PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (26 de abril de 1999, fol. 159), 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.

³ Cd fl. 189, record: 14:19

De igual forma, debe esta Sala 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 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, la cual se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones (fl. 109)⁴, 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 prohijar la decisión de primer grado en este punto, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio en atención al grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, advirtiendo en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁵, disposición que exige para el caso de los mujeres haber alcanzado 57 años

⁴ Por auto del 20 de noviembre del 2019 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 176).

⁵ **“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.*

en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 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.

Al efecto, como ya se mencionó se encuentra a folio 15 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 6 de abril de 1961, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a folios 148 a 158 la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PROTECCIÓN en las que se incluyen 922,71 semanas cotizadas a Colpensiones y 998 a dicha AFP para un total de 1920,71 semanas a mayo del 2019 (fl. 148), razón por la cual es claro que para la data en que la actora cumplió los 57 años de edad, esto es, el 6 de abril del 2018 tenía reunidas las 1300 semanas exigidas por la Ley, concretamente 1861.56, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, 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.*”

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por la actora, contrario a ello para la data de presentación de la demanda (22 de octubre de 2018, fol. 96) la demandante se encontraba activa y cotizando, pues de la historia laboral aportada por Protección el último ciclo registrado es mayo de 2019 (fol. 158) sin que exista novedad de retiro, razón por la cual el reconocimiento pensional será a partir del día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó el 6 de abril del 2018 por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla

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”.

sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de la actora, tal como señaló el fallador de primer grado por lo que se confirmara la sentencia en este punto, precisando en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto la demandante cuenta con más de 1250 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Agotada la competencia de la Sala 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 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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 MARIA ANGELICA
CRUZ BERNATE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2019 00151 01).**

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA ELENA FIERRO GARCIA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio 131).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 126 a 130) y PORVENIR S.A. (folios 133 a 141), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2020 (Cd a folio 120, récord: 01:10:51, acta a folios 120), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR inválida la afiliación efectuada por la señora demandante MARIA ANGELICA CRUZ BERNATE identificada con cédula 38.256.602 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 21 de noviembre del año 1996 a través de la administradora PORVENIR y como consecuencia de los anterior, **ODENAR** a esta administradora la cual se encuentra afiliada traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante al régimen de prima media a través de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a esta que reactive la afiliación de la demandante, reciba estos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas al régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, según esta invalidez que se ha decretado y conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirá al superior para que la revise en el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES y frente a la posición encontrada que tiene las Salas del honorable Tribunal sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta en estos casos y así lo definirá el magistrado a quien corresponda por reparto.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, advirtiendo, con la decisión se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto a la posibilidad de trasladarse de régimen y la libertad de escogencia.

Por otra parte, con relación al error de derecho alude, en los términos del artículo 1510 del Código Civil, este solo tiene la virtualidad de viciar el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto u objeto.

Además, refiere, quedó probado que hubo una asesoría suficiente para que la persona tomara la decisión de trasladarse pues conforme a lo dicho en el interrogatorio de parte, a la demandante se le ilustró sobre los fondos pensionales, los aportes para la mesada pensional y que podría trasladarse al ISS.

Indica, con relación a los traslados horizontales, el retorno al régimen del cual se había trasladado de régimen sana cualquier vicio, elemento que, dice, no fue analizado en tanto solo se hizo referencia al traslado hecho a COLFONDOS mas

no su retorno a PORVENIR en el 2018¹ (Cd a folio 120, récord: 01:12:31, acta a folios 120).

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 MARIA ANGELICA CRUZ BERNATE, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 2 A 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 7, aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 21 de noviembre de 1996 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a la AFP PORVENIR S.A., por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado para convencerla que se trasladara, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES realizar todas las gestiones encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 26 de noviembre de 1996 y a PORVENIR S.A, a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran

¹ “Señor juez, estando dentro de la oportunidad pertinente y con el respeto que merece el despacho, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión acabada de proferir en los siguientes aspectos.

No se comparte la decisión de declarar la ineficacia del traslado en los dos aspectos que dan. En primer lugar, toda vez que está haciendo una aplicación retroactiva de la norma, es decir, está estableciendo que el término de la ley 100 de 1993 debía contar desde atrás, elemento que en ninguna parte de la ley 100 del 93 se establece, por tanto, un elemento de retroactividad de la ley 100 está proscrito y, para el momento de 1994 las personas podían hacer uso de su traslado en cualquier momento pues a partir de este momento empezaban a establecerse las condiciones de escogencia libre del régimen que desea tener.

Ahora, sobre los argumentos esbozados sobre la ineficacia por la configuración de un error de derecho, es importante manifestar que el artículo 1510 establece que el error de derecho solo vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o el objeto, es decir, como si la hoy demandante estuviera pensando que estaba firmando un formulario para suscribir una cuenta de ahorros corriente y no una cuenta de ahorros individual para su mesada pensional, en ese sentido el error de hecho sí vicia el consentimiento. Por tanto, no es compartida la posición del juzgado sobre lo manifestado sobre el error de hecho.

También es importante resaltar que sí se logra probar que hubo una asesoría suficiente para que la persona tomara la decisión de trasladarse, toda vez que como lo manifestó en el interrogatorio de parte, se le habló sobre los fonos pensionales, sobre los aportes que iba a dar para su mesada pensional, sobre que estos dependerían exclusivamente de su mesada pensional y que podría trasladarse si así lo quisiera al ISS, pues en su momento no se sabía que se llamaría COLPENSIONES, sin embargo, en esa situación no la hizo y efectuó un traslado horizontal a COLFONDOS.

Si bien es cierto que se comparte lo que ha manifestado el Despacho sobre que los traslados horizontales en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral no sanean el acto jurídico, lo que sí dice en sentencia del 2019 es que el retorno al fondo del cual se había trasladado de régimen, sí sanea cualquier vicio, en especial los que se puedan establecer, ya que ratifica su intención de permanecer en el primer fondo del cual es el régimen de traslado, elemento que no fue analizado pues no se hizo referencia a este segundo traslado en el año 2018, sino solo se hizo referencia al traslado horizontal a COLFONDOS. En ese sentido solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que proceda a revocar la sentencia y en su lugar absuelva a mi representada.”

depositados en su cuenta de ahorro individual, hecho lo cual COLPENSIONES debe corregir y actualizar la historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró inválido el traslado de régimen pensional realizado por la actora, ordenando la devolución de saldos de la demandante al Régimen de prima media con prestación definida, disponiendo que se encuentra válidamente afiliada a este último régimen y por tanto COLPENSIONES debe activar su afiliación al RPM, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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 56 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 9 de marzo de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 8 de enero de 2019 (folios 53 a 55), 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 539,86 semanas de cotización (folio 93, historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda) equivalentes a 10,49

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”.

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 21 de noviembre de 1996 (folio 52) específicamente, conforme la información reportada en el formulario de afiliación.

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 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

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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

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.

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.

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 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, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo recuerda que le indicaron que el ISS se iba a acabar y por eso era más seguro estar afiliada en el fondo privado y que tendría un mínimo de pensión con devolución de un bono de pensión.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folios 52 y 94), plasmado en el formulario de afiliación a 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).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 97 y 98, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo 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 S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (21 de noviembre de 1996, folio 52) 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.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP, e incluso haya retornado luego de ese traslado a PORVENIR, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para

⁴ Cd folio 120, récord. 11:11, acta folio 121 y 122.

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, según se ilustró en la demanda (hecho 9, folio 6) y en el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, además se observa del folio 92, 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 guardan relación 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 aspecto.

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, 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 prescripción⁵ (fl. 70), 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

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 28 de noviembre de 2019 (fol. 99)

jurídico, está 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

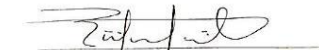
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ALIX
GUERRERO SANCHEZ CONTRA SOCIEDAD TRANSTAINER S.A. (RAD. 15
2016 0364 02).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante (fls. 148 y 149), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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 el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de octubre del 2019 (Cd fl. 141, record 2:17:53 y acta a folios 142 y 143), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre las partes en litigio, es decir, la Señora **MARÍA ALIX GUERRERO SÁNCHEZ** y **TRANSTAINER S.A.S.**, existió un contrato de prestación de servicios por el periodo comprendido, de servicios profesionales de carácter civil, por el periodo comprendido en el 1 de enero del año 2009 y celebrado hasta el 1 de enero del año 2010, y el cual, se fue prorrogando automáticamente año a año, teniendo su última vigencia o prórroga el 1 de enero de 2015 y el 1 de enero del año 2016 y que se terminó por decisión de la contratante demandada el 29 de enero del año 2015.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a título de indemnización por los perjuicios causados a la Señora **MARÍA ALIX GUERRERO SÁNCHEZ**, por la terminación de este contrato a la sociedad demandada **TRANSTAINER S.A.S.**, al pago a su favor de la suma de \$27.880.600, lo cuales se cancelaran con los correspondientes intereses moratorios, liquidados a partir del día 30 de enero del año 2015, y hasta el momento efectivo de su pago. Todo lo anterior conforme los expuestos en la parte motiva.*

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 4 SMLMV, para el año 2019.

QUINTO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la presente acción, específicamente lo relacionado con la condena a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la encartada sustenta el recurso de apelación interpuesto, señalando no existe ninguna duda respecto de las condiciones que se pactaron dentro del contrato de prestación de servicios en su cláusula sexta en donde se establece cuáles son las obligaciones que tenía en su momento la señora Alix Guerrero, precisando en la cláusula novena de tal contrato se pacta la terminación anticipada y anormal del mismo, asegurando ello fue lo que ocurrió en el presente asunto, pues en su sentir los testigos presentados por la parte demandada afirman que efectivamente la actora incumplió en reiteradas ocasiones, ya que se le insistió de forma verbal en diversas oportunidades las inconsistencias que se tenía frente al cumplimiento del contrato de prestación de servicios, cuya notificación se dio en el mes de diciembre, asegurando que fue la demandante quien propuso la entrega del cargo solo hasta enero del año 2015, por lo que considera un acto de mala fe de la contratista pretender dineros sin que haya una prestación del servicio y más cuando efectivamente el cumplimiento de su contrato no se dio a cabalidad.

Reiterando fueron consistentes las tres declaraciones en afirmar, cuál fue el incumplimiento de sus obligaciones que efectivamente se dio en razón a la cláusula que se pactó dentro del contrato, ya que la actora no presentaba los informes en tiempo y precisamente por eso fue que se aceptó que ella presentara ese informe en esa fecha de enero de 2015, porque ya la relación había terminado y ella siempre tenía la costumbre de entregar un mes después la información que debía hacerla dentro del término o dentro del mes el cual se generaba dicho honorario.

Finalmente expresa, no se puede presumir que porque se había acordado entre las partes entregar la información que reposaba a cargo del contratista en enero de 2015 se pretenda que existe una renovación del contrato, pues ya se había

notificado con antelación su terminación, manifestando ello fue lo que se demostró dentro del presente proceso¹. (Cd. fol. 141, record: 2:20:08)

¹ “Gracias su señoría, en esta instancia interpongo recurso de apelación conforme a los ítems donde se condena a mi poderdante en sentido de pagar a título de honorarios la suma de \$27.880.600, más los intereses moratorios causados desde el 30 de enero de 2015. El recurso de apelación lo sustentó en los siguientes términos:

En primer lugar, es claro y no existe ninguna duda, las cláusulas y las condiciones que se pactaron dentro del contrato de prestación de servicios donde se refleja las obligaciones del contratista y las obligaciones del contratante, en su cláusula sexta claramente establece cuales son las obligaciones que tenía en su momento la Señora Alix Guerrero, dentro de las cuales se pactaron:

Primero: obrar con seriedad y diligencia en el servicio contratado.

Segundo: realizar informes mensuales.

Tercero: atender las solicitudes y recomendaciones que haga el contratante o sus delegados con la mayor prontitud.

Cuarto: permitir que el contratante o su delegado hagan visitas a las instalaciones del contratista o en el sitio que esté desarrollando la labor contratada y las demás que pacten las partes sin que existiere subordinación.

De igual manera, en este mismo contrato en su cláusula novena se pacta la terminación anticipada y anormal del mismo que básicamente establece que en el incumplimiento de las obligaciones propias de cada una de las partes, pues dará a la otra a terminar unilateralmente la terminación del contrato de prestación de servicios caso que fue el que ocurrió en esta situación.

Plenamente se demuestra con los testigos, pues que se presentaron dentro de esta audiencia por parte de la demandada en afirmar que efectivamente ella incumplió en reiteradas ocasiones y el despacho no puede manifestar que no existió nexo de causalidad por el tiempo, si siempre fueron continuas esas reclamaciones, siempre fueron reiterativas y fueron persistentes.

A ella en muchas ocasiones se le reiteró de forma verbal que fue el método que finalmente decidió la compañía pues hacerle saber las inconsistencias que tenía frente al cumplimiento del contrato de prestación de servicios, y así efectivamente, la Señora Luz Marina y la Señora Elizabeth dan fe de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio esa notificación, la cual, no fue valorada por este despacho, manifestando que efectivamente esa notificación se dio en diciembre cuando la parte de la gerencia general (Sic), se reunió y tomaron una decisión.

Una decisión que fue transmitida de forma verbal y que por sola proposición de la parte contratista, ella sugirió que se entregara la información que reposaba a cargo de ella hasta enero de 2015.

Puede sugerirse que existió una mala fe de parte de la contratista en expresar que su deseo era presentar la información en esa fecha, precisamente porque, para llegar a esta instancia y cobrar, pretender dineros sin que haya una prestación del servicio y más cuando efectivamente el cumplimiento de su contrato no se dio a cabalidad.

Entonces, no es razonable la sentencia dictada por este despacho, ya que pues las pruebas documentales que reposan en el expediente y las pruebas testimoniales son claras en establecer las condiciones en que se llevó a cabo esa relación contractual, pues que fue basada en un contrato de prestación de servicios.

De igual manera, es importante aclarar que si bien la calidad que tenía la gerencia general que si bien tiene un cargo diferente también ostentaba la calidad para tomar unas decisiones que fueron transmitidas y ella misma lo hizo saber la Señora Diana Salazar, lo hizo saber en el momento en que ella presentó su declaración y fueron consistentes las tres declaraciones en afirmar, cuál fue el incumplimiento de sus obligaciones que efectivamente se dio en razón a la cláusula que se pactó dentro del contrato, que ella no presentaba los informes en tiempo y precisamente por eso fue que se aceptó que ella presentara ese informe en esa fecha de enero de 2015, porque ya la relación había terminado y ella siempre tenía la costumbre de entregar un mes después la información que debía hacerla dentro del término o dentro del mes el cual se generaba dicho honorario.

Pues, y finalmente ese fue el acuerdo que se estableció, que inclusive la empresa no le vio ningún problema que se trasladara hasta la ciudad de Medellín para entregar el informe, pero pues queda plenamente demostrado la mala fe de la demandante, en pretender hacer una entrega precisamente con dichos fines, pues

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, MARIA ALIX GUERRERO SANCHEZ las pretensiones visibles a folios 5 y 6, las cuales se sustentaron con los supuestos facticos narrados a folios 3 a 5, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales a término fijo, del 1° de enero del 2009 al 1° de enero del 2010, el cual se prorrogó automáticamente por el mismo periodo durante un lapso de 7 años, cuyo último ciclo se dio entre el 1° de enero del 2015 al 1° de enero del 2016, el cual terminó de forma unilateral por parte de la contratante el día 26 de enero del año 2015, en consecuencia se condene a la demandada al pago de la suma de \$27.880.660 correspondientes al valor de los honorarios dejados de pagar por la terminación del contrato, causados del 1° de febrero del 2015 al 1° de enero del 2016, los intereses moratorios sobre el capital adeudado, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus pretensiones por cuanto se condenó al pago de \$27.880.600 a título de indemnización por los perjuicios causados por la terminación del contrato, junto con los intereses moratorios liquidados al 30 de enero del 2015, tras considerar el a quo que el contrato se prorrogó de forma anual desde el año 2010, teniendo como último periodo de vigencia del 1° de enero del 2015 al 1° de enero del 2016, lapso en el cual se terminó el referido vínculo, afirmando de conformidad con lo pactado en el contrato de prestación de servicios la única causal de

hacer una entrega casi un mes después de notificada la terminación o mejor el incumplimiento del contrato, y por dicho la terminación del mismo.

Bajo esta premisa pues Señor Juez, creo que no se evaluaron y no se determinaron todas las pruebas y todas las declaraciones aportadas y presentadas por la parte demandada, donde no existe ninguna duda razonable frente a como, o bajo qué circunstancias se llevaron a cabo dicha relación como se terminó y como se efectuó dicha notificación de terminación.

Entonces no puedo, o no se puede presumir que porque se había acordado entre las partes entregar la información que reposaba a cargo del contratista en la fecha de enero de 2015 se pretenda que existe una renovación del contrato, no existió una renovación del contrato porque este ya se había notificado con antelación, su comunicación de que no había ninguna intención y así se da cumplimiento tanto a la cláusula 4 como a la cláusula 9, son dos cláusulas que están netamente amarradas y que una conlleva a la otra y pues eso es precisamente lo que se demostró dentro del presente proceso.

Así las cosas, Señor Juez, pues queda plasmado mi recurso de apelación para que el Honorable Tribunal si da lugar lo revise y evalúe nuevamente. Muchas gracias.”

terminación estipulada fue la del incumplimiento de las obligaciones, asegurando la demandada debía demostrar la razón de tal incumplimiento por parte de la actora, lo cual en su sentir no acreditó por lo que al no existir causal que justificara la finalización del vínculo, la demandante tenía derecho a una indemnización de perjuicios, los cuales estimo el *a quo* correspondían al valor de los honorarios dejados de cancelar durante el periodo en que se prorrogó el contrato, precisando la improcedencia de la aplicación de los artículos 64 y 65 del C.S.T.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto en los puntos concretos 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*).

De esta manera en primer término la Sala precisa, no se discute la existencia del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS suscrito por las partes el 1° de enero del 2009 y que se encuentra a folios 46 y 47 del expediente, con el fin de que la demandante prestara sus “*servicios de controlador de negocios*” tal como se puede leer en la cláusula primera del mencionado acuerdo, en el cual también acordaron la duración del contrato y sus prorrogas así (fl. 46):

“Segunda. Término del contrato. Este contrato de prestación de servicios se extenderá por un periodo de un año.

(...)

Cuarta. Prorroga. Si vencido el plazo establecido para la ejecución del contrato y ninguna de las partes manifiesta su intención de cancelarlo, se entenderá prorrogado automáticamente por el mismo periodo.”

Así las cosas, lo primero que se ha de aclarar, es que en efecto el contrato inicialmente tenía una duración hasta el 1° de enero del año 2010, sin embargo este continuó prorrogándose, siendo una de las controversias planteadas en autos la fecha en la cual se generó ésta última prórroga, en tanto la accionante afirma que se renovó para el año 2015 y la demanda aduce que ello no ocurrió pues se le notificó su terminación con antelación a tal fecha (rta hecho 6 fls. 4 y 35).

De acuerdo a lo anterior y en aras de determinar cuál fue la fecha final del contrato de prestación de servicios, se acude al acervo probatorio vertido en autos, encontrándose como prueba documental la siguiente:

- Fl. 48 Acta de entrega de la demandante de las funciones realizadas como Controladora de negocios, con fecha 29 de enero de 2015 y recibida por SANDRA VIVIANA AGUDELO.

- Fls. 52 a 107 Facturas dirigidas por la actora a la accionada por concepto de “servicios de digitación” desde enero del 2012 a 29 de enero del 2015.

-Fls. 108 a 113 Respuesta emitida por BANCOLOMBIA a la accionada donde se relacionan los pagos por ella realizados a la demandante, desde el 30 de diciembre del 2009 al 30 de enero del 2015.

Igualmente, se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de TRANSTAINER S.A.² y de la promotora del juicio³. La primera de ellas indicó que la demandante prestó sus servicios desde el 2010, quien tenía a cargo inicialmente el cierre de operaciones en un sistema para salud y luego el control de negocios que implicaba también el cierre de operaciones para subirlas al sistema contable de la empresa, precisando las actividades fueron desarrolladas hasta diciembre del 2015 (sic), ya que la sociedad decidió dar por terminado el contrato porque no se cumplió con la calidad ni el tiempo en el cierre de los negocios, ya que éste se debía hacer en el sistema operativo en determinado momento y la demandante tardaba en entregarlos, advirtiendo la terminación fue verbal por parte de la señoras Elizabeth Cárdenas y Sandra Agudelo (financiera de tesorería), entregando el cargo en enero del 2015.

Por su parte la señora MARIA ALIX GUERRERO afirmó que la señora Sandra la llamo el 23 de enero del 2015 para informarle que las socias de la empresa se habían reunido y habían dado por terminado el contrato por las difíciles económicas por las que atravesaba, razón por la cual asegura la entrega de sus funciones se hicieron el 29 de enero del 2015, pues Sandra Agudelo le dijo que

² Cd. fl. 141, record: 10:49

³ Cd. fl. 141, record: 24:56

debía ir a las oficinas de Medellín a entregar el puesto, fecha dispuesta por la demandada.

También se recibieron las declaraciones de los testigos ELIZABETH CARDENAS GOMEZ⁴ y LUZ MARINA ROLDAN⁵, la primera de ellas Gerente de Operaciones Nacionales de la accionada desde el año 2008, informo que los informes de la demandante se los rendía a la Gerencia Nacional y no directamente a la testigo, asegurando conocer que dejo de prestar los servicios porque la compañía requería informes que ella preparaba en un tiempo menor al que ella lo realizaba, se requería más agilidad en la entrega de esos informes, lo cual se le informo verbalmente por parte de la testigo y de Sandra Agudelo en diciembre del 2015 (sic) que en enero no continuaba con el contrato, pero se optó que terminara con todo el cierre del año por que el cierre contable del año no se hace en diciembre sino en enero del año siguiente y por eso el cargo se entregó en enero del 2015.

La señora LUZ MARINA ROLDAN adujo haber ejercido funciones de dirección administrativa y financiera hasta abril del año 2014 y conocer a la demandante porque ella le hacia la liquidación de los pedidos de la compañía, la cual debía ser reportada al área financiera para poderla contabilizar, refiriendo haber existido muchos problemas con la demandante citando como ejemplo el uso de un software, razón por la cual afirma las inconformidades eran en relación con la calidad, oportunidad y entrega de su actividad, manifestando que en diciembre del año 2014 se le indico que el contrato finalizaba y la entrega del cargo se realizaría en 2015, lo cual sabe porque tiene la calidad de socia de la empresa.

En este orden de ideas, advierte esta Sala de decisión si bien la parte accionada le pudo haber informado a la actora en diciembre del 2014 que su contrato no continuaría, lo cierto es que la prestación del servicio no ceso en dicho mes, pues la accionante continuó ejerciendo sus funciones hasta enero del 2015, conforme se evidencia de las facturas por ella presentadas a la accionada (fls. 106 y 107), donde genera honorarios del 1° al 29 de enero del 2015, los cuales en efecto le fueron cancelados de acuerdo a lo certificado por Bancolombia (ver fl. 113), lo que comprueba su prestación del servicio durante ese mes, advirtiéndose no resulta

⁴ Cd. fl. 141, record: 49:17

⁵ Cd. fl. 141, record: 1:11:59

coherente que la pasiva de por terminado el contrato de prestación de servicios en diciembre del año 2014, pero le cancele honorarios hasta enero del 2015.

Razón por la cual, es claro que el vínculo contractual que ato a las partes aquí en contienda tal como lo afirmó el juez a quo se prorrogó el 1° de enero del 2015.

Ahora, en lo que tiene que ver con la terminación de éste acuerdo, la Sala se remite a lo establecido en su cláusula novena, la cual indica (fl. 47):

“Novena. Terminación anticipada o anormal. – Incumplir las obligaciones propias de cada una de las partes, dará lugar a la otra para terminar unilateralmente el Contrato de prestación de Servicios.”

En este orden para determinar si la actora incumplió sus obligaciones se ha de traer a colación igualmente lo dispuesto en la cláusula sexta (fl. 46):

“Sexta. Obligaciones del CONTRATISTA. Son obligaciones del contratista: 1. Obrar con seriedad y diligencia en el servicio contratado, 2. Realizar informes mensuales, 3. Atender las solicitudes y recomendaciones que haga el contratante o sus delegados, con la mayor prontitud. 4. Permitir que el CONTRATANTE o un delegado haga visitas a las instalaciones del CONTRATISTA o el sitio que esté desarrollando la labor contratada. Y las demás que pacten las partes sin que exista subordinación”

Conforme a dicho clausulado la pasiva sostiene que la demandante incumplió tales obligaciones, al no presentar de manera oportuna los informes que le eran requeridos, precisando esta Corporación que una vez valoradas las pruebas obrantes en este proceso 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, en el presente asunto se tiene que la motivación de la terminación no fue por la no la realización de los informes, sino que conforme lo indica la testigo ELIZABETH CARDENAS GOMEZ la empresa requería era más agilidad en la entrega de los mismos, no siendo a juicio de ésta Sala de decisión la demora en la realización de estos, de tal magnitud para entender que la actora incumplió con la obligación que tenía como contratista, aunado a ello la sola declaración de éstas testigos resulta insuficiente para acreditar los posibles incumplimientos en que incurrió la actora, pues ninguna otra prueba se aportó en aras de corroborar los dichos de las deponentes.

Así las cosas, la actividad probatoria de la demandada dirigida a demostrar el incumplimiento de la actora en sus obligaciones como contratista, fue precaria, pues no allegó medio probatorio orientado en ese sentido, tan solo las declaraciones de las dos testigos ya citadas, que como se dijo solo refirieron de manera general que la única inconformidad de la empresa era respecto del tiempo de entrega de los informes que ella debía realizar, sin indicar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se presentaron tales retardos ni las consecuencias que ello pudo haber generado a la empresa accionada, 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 afirmaciones 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", por ende conforme se señaló en primera instancia no se acreditó dentro de la presente litis que la actora en verdad hubiese incumplido con sus obligaciones como contratista, confirmándose en este aspecto la sentencia de primer grado.

Finalmente se precisa, que pese a no existir en el contrato de prestación de servicios pacto dirigido a establecer un resarcimiento económico en favor de quien se le termina el contrato ni la cuantía del mismo, el Juez *a quo* dispuso el pago de una indemnización de perjuicios por \$27.880.600, calculada con los honorarios que pudo haber generado la actora si el contrato no se hubiera terminado antes del 1° de enero del 2016, situación que no fue objeto de reproche en la alzada.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y habiéndose arribado las mismas conclusiones halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

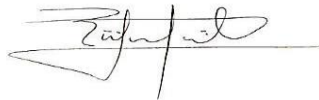
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE LUIS ALZATE HENAO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 12 2019 00270 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la UGPP y demandante (fls. 96, 97 y 99), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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 demandada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de mayo del 2020 (Cd. fl. 90, record 25:37, acta a folio 91), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR el reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación a favor el demandante, el señor José Luis Álzate Henao en cuantía inicial de \$2.051.130,15 a partir del año 2011.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP subrogataria de las obligaciones de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero a pagar esta pensión con efectos fiscales desde el 1 de octubre del año 2015 en el valor debidamente reajustado y ***ORDENAR*** pagar dichas mensualidades hasta el momento en que se a efectivo el pago.

TERCERO: CONDENAR al pago de este retroactivo desde el 1° de octubre del año 2015 en adelante debidamente indexado.

CUARTO: AUTORIZAR a la UGPP a pagar únicamente el mayor valor si lo hubiere, en el momento en el cual COLPENSIONES haya ordenado el

reconocimiento y pago de pensión de vejez según los parámetros de Ley 100 de 1993 modificado por Ley 797 de 2003.

QUINTO: ABSOLVER a la UGPP de las demás suplicas de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a UGPP, señalan como agencias en derecho la suma de \$2,000.000

SEPTIMO: *En caso de no ser apelado el presente fallo SURTASE el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.*

OCTAVO: *Se DECLARAN no probadas las excepciones, salvo la de prescripción sobre mesadas causadas con anterioridad al 1° de octubre del año 2015.”*

Contra lo decidido, el extremo demandado interpuso recurso de apelación señalando, que el reconocimiento de este tipo de pensiones atentan contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y contra el propósito del legislador para evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario, refiriendo que el acto legislativo 01 de 2005, es la norma que limita la vigencia de estas prestaciones, imponiendo que estas pensiones colectivas entre otros actos, tuviesen su vigencia hasta el 31 de julio del año 2010, y que se pretendía que durante esa vigencia debieron los trabajadores haber acreditado los requisitos que cada convención colectiva exige.

Precisando frente al presente asunto, que tanto el tiempo de servicio como la edad son requisitos que debe cumplir el trabajador para que pueda acceder a este tipo de prestaciones, tal cual como lo plantea el artículo 41 de la convención colectiva sin que se pueda pretender que la edad no se tenga en cuenta como un requisito para adquirir este derecho, solicitando se revoque la decisión y se absuelva de todas las pretensiones¹ (Cd. fl. 90, record 30:55, acta a folio 91).

¹ “Me permito interponer recurso de apelación y lo sustentaré de la siguiente manera. Reitero su señoría los argumentos que expuse en los alegatos de conclusión y preciso que estas pensiones atentan contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, contra el propósito del legislador para evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario, acabar los dispersos regímenes en este aspecto, procurando siempre cumplir con los fines y principios que le fueron asignados y que fueron consignados en el título preliminar, capítulo 1 y 2 de la ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la constitución política.

Es por ello su señoría que damos importancia al acto legislativo 01 de 2005, porque es la norma que limita la vigencia de estas prestaciones, como la que aquí claramente se discutió, y que el límite que impuso el acto legislativo 01 de 2005 fue que estas pensiones colectivas entre otros actos, tuviesen su vigencia hasta el 31 de julio del año 2010, y que se pretendía que durante esa vigencia debieron los trabajadores haber acreditado los requisitos que cada convención colectiva exige.

Que tanto la edad y el tiempo de servicio, y así interpretamos la norma, ya habíamos hablado de la sentencia de la honorable Corte Supremas de Justicia sala laboral, que fue la sentencia 377 del 23 de enero del año 2009 y también precisando lo que dice el acto legislativo 01 del año 2005, tanto el tiempo de servicio como la edad son requisitos que debe cumplir el trabajador para que pueda acceder a este tipo de prestaciones, tal cual como lo plantea el artículo 41 de la convención colectiva y que escuchando los argumentos de la sentencia, no

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 en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 1, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folio 2, aspirando principalmente se declare que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por tiempo superior a 20 años, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional desde el 25 de febrero del 2011, indexando los salarios devengados en el último año de servicios, como también se indexe los valores reconocidos, se realicen los correspondientes aumentos de ley, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso; **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** pues se accedió al reconocimiento pensional convencional pero a partir del día 1° de octubre del año 2015, por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de la prescripción, precisando el Juez *a quo* que para el año 2011 momento de causación del derecho la mesada ascendía a la suma de \$2.051.130,15, disponiendo el pago de 14 mesadas al año y la indexación de las sumas reconocidas, así mismo señaló la existencia de la compartibilidad de la prestación con la que eventualmente le pueda reconocer Colpensiones, todo lo anterior tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión restringida de jubilación, siendo la edad una condición para el disfrute

se puede pretender su señoría que la edad no se tenga en cuenta como un requisito para adquirir este derecho, puesto que el acto legislativo precisó lo siguiente “ A partir del 29 de julio de 2005 que entró en vigencia el acto legislativo 01 de 2005 que eliminó regímenes especiales y exceptuados en materia de pensiones, buscando unificar el sistema de pensional, para lo cual estableció una reglas, 1) Que desde el 29 de julio del año 2005 no se permite ningún pacto sobre condiciones pensionales diferentes a las legales y generales, 2) Se habla de derecho adquirido cuando se han completado los requisitos de tiempo y edad en el acto que consagra el beneficio pensional y 3) la reglas en materia pensional respecto a convenciones, acuerdos, laudos se regirán por los términos inicialmente pactados y en todo caso estas tendrán su vigencia hasta el 31 de julio de 2010”.

De esta manera su señoría dejo sustentado mi recurso, solicitando al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, revocar la decisión y absolver íntegramente a mi representada. Muchas gracias.”

más no para su exigibilidad, por lo que dicha pensión Convencional no perdió vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005.

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 la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, preliminarmente es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral obrante a folios 51 y 52, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el demandante se vinculó, de manera interrumpida, a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. entre el 17 de enero de 1977 y el 27 de junio de 1999.

En este orden de ideas, como quiera que el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional (ver fls. 3 y 4) y que al expediente fue aportada copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, fechado el 15 de abril de 1998 (fl. 40) el cual cuenta con constancia de depósito² (fl. 46 vto.), empezará la Sala por precisar que la disposición cuya aplicación reclama el demandante, es el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, aunado a que ésta se encuentra vigente desde el 1° de enero de 1998 (Art. 3 Convención Colectiva fl. 11 vto) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

Pues bien, dicho artículo convencional establece (fls. 20 vto y 21):

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

² Del 17 de abril de 1998.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, en cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo (fls. 11 vto y 12) es claro en expresar que se excluye de esos beneficios únicamente a los Directores de Departamento y a los Directores de Oficina del Grado 16 al Grado 50 y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de DIRECTOR III, Grado 09, en la Gerencia Regional Antioquia-Concordia (ver fl. 51), esto es, no se encuentra en los grados exceptuados por la convención que son 16 al 50.

Ahora frente al reconocimiento pensional, aunque no quedó acreditada la forma en que finiquitó el vínculo del actor, esto es, si se retiró o fue retirado, tal situación es indiferente para efectos de la prestación que se estudia, pues el reconocimiento procede en uno u otro evento, siempre que concurren los demás presupuestos. En

ese orden, resulta procedente para este caso dar aplicación al párrafo 1° del artículo 41 Convencional, pues se encuentra acreditada la prestación de servicios por más de 20 años (del 17 de enero de 1977 al 27 de junio de 1999³), que corresponden a **22 años, 2 meses y 8 días** (folios 48, 51 y 52), circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala dan lugar a la causación de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad, así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características al presente como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244⁴ (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107⁵ (14/02/2018) y SL 526 Rad. 63158⁶ (14/02/2018), providencias que exponen el referido criterio.

³ Tuvo 93 días de interrupciones conforme se indica en las documentales de folios 48, 52 y 53.

⁴ “(...) teniendo claro que la actora para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del *Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005*, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 13 de diciembre de 2010, habrá de casarse la sentencia impugnada.”

⁵ “(...) el derecho a la pensión de jubilación que consagra, se causa con el retiro del trabajador, por voluntad propia o por decisión del empleador, siempre que para esa data haya laborado como mínimo 20 años, y que el cumplimiento de la edad de 55 y 50 años, según se trate de hombre o mujer, es una condición para su goce o disfrute, o sea, para su exigibilidad. Tal interpretación se acompasa con la que esta Corporación le ha dado a una norma legal cuyos términos, sustancialmente, coinciden con el precepto de esta estirpe que regula la llamada pensión restringida de jubilación por retiro voluntaria: El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y no hay razón alguna que justifique no hacer un predicamento diferente con referencia al párrafo 1° convencional.

Por lo tanto, como en el proceso está demostrado, y no fue objeto de controversia en casación, que el demandante prestó sus servicios la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, y que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999, ello quiere decir, conforme a lo precisado, en primer lugar, que el derecho a la pensión de jubilación convencional se causó en la precitada fecha y, en segundo término, que no había lugar a negar el reconocimiento y pago de tal prestación, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto dispuso la pérdida de las prerrogativas a partir del 31 de julio de 2010, como lo concluyó el Tribunal; lo que implica, entonces, que el cargo prospera y, por ende, el fallo gravado habrá de casarse.

En ese sentido, ha señalado esta Corporación que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones, pactos, laudos y acuerdos, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor, tesis plenamente aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, la edad constituía únicamente un requisito para la exigibilidad de la pensión, luego entonces el derecho pensional se adquirió por parte del recurrente cuando habiendo laborado por más de 20 años en favor de la Caja Agraria fue retirado, lo que se dio antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005.”

⁶ “(...) preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su *Parágrafo 1°*, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero,

esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

En efecto, la jurisprudencia vigente ha sostenido que es ineludible a la hora de establecerse los beneficiarios de las prebendas convencionales la existencia y vigencia de la relación laboral que a éstos legitima, de tal suerte que, de no acreditarse tales conceptos, no se abrirá paso el respectivo reclamo, tal discernimiento por desprenderse del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que la convención colectiva de trabajo se celebra “para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” y, obviamente, los contratos de trabajo durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo son los que igualmente están vigentes, no los que no lo están o que nunca lo han estado. De esa suerte, cualquier beneficio convencional en favor de quien no está ligado por un contrato de trabajo con la empresa suscribiente de la correspondiente convención colectiva de trabajo debe estar expresamente previsto por los convencionalistas, por constituir según lo visto una estipulación para otro, para un tercero, tal es el caso de las prebendas extendidas en favor de los hijos de los trabajadores, o de los ex trabajadores, o de los pensionados e, incluso, de terceros totalmente ajenos a las relaciones contractuales de la empresa pero por cuya actividad pueden verse afectados en alguno de sus intereses, verbi gracia, la comunidad circundante de la misma.

La vigencia de las relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la prestación, por eso, al lado de otros presupuestos, como por ejemplo el tiempo de servicio, el cumplimiento de la edad pensional durante su vigencia termina siendo consecuencia necesaria de su naturaleza temporal.

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

Nótese a ese respecto que la disposición convencional parte del presupuesto de que el trabajador ya ha cumplido la materialidad laboral que le da causa a la prestación pensional: el tiempo de servicios, pero considera la circunstancia que impide al trabajador acceder a la pensión conforme a la regla general, la del cumplimiento de la edad pensional en vigencia de la relación laboral, por tanto, toma tal circunstancia como condición necesaria para el reconocimiento del derecho, esto es, que ya no exista vinculación laboral, o por causa imputable a la empresa o por iniciativa del propio trabajador, para de allí señalar que el acceso a la prestación se producirá cuando cumpla la edad de cincuenta (50) años, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) si es hombre, lo que es tanto como decir que con el cumplimiento de las dos condiciones iniciales se tendrá el derecho, pero su goce o disfrute solo se producirá al cumplimiento de la última, la anotada edad.

Así, la edad considerada en la estipulación convencional fluye indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, por exigir ésta que tal ocurrencia se produzca cuando el ex trabajador ya no se encuentra amparado directamente por ella, resultando que, de una parte, éste hubiere perdido la condición de trabajador de la empresa; y de otra, que sea en un todo posible que ni siquiera la disposición convencional para ese nuevo momento mantenga vigencia en el marco de las relaciones contractuales de la misma empresa. De ese modo, en forma alguna puede concluirse que la dicha edad sea requisito de estructuración del derecho, sino apenas de su exigibilidad, de su goce o disfrute.

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1997 (cuando acreditó 20 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor JOSE LUIS ALZATE HENAO en esa

Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador.

Pero también entiende la Corte, en segundo término, que el aludido Parágrafo 1º previó el derecho pensional a favor de quienes habiendo sido trabajadores de la entidad le prestaron un tiempo de servicio mínimo de servicio pero no arribaron a cierta edad en su vigencia, porque, precisamente, a quienes les exigió tal condición pensional se refirió paladinamente al inicio del marco de las disposiciones pensional, se recuerda, de donde no ha lugar a concluir cosa distinta a que, para los primeros, los que perdieron la calidad de trabajadores activos, la edad no se tuvo como un requisito de estructuración del derecho --pues no lo podían cumplir en ese tiempo--, sino apenas de su disfrute.

De desatenderse tal razonamiento resultaría inane la consideración también expresa del derecho pensional en favor de los trabajadores activos, a quienes sí se les exigió como presupuesto pensional el cumplimiento de una determinada edad, cincuenta (50) o cincuenta y cinco (55) años según su género, y por supuesto la vigencia de su relación laboral, aparte del requisito material del derecho: la prestación de servicios durante un término mínimo de veinte (20) años.

Y en tercer lugar, es la única conclusión a la que se puede arribar si se observa que la disposición en su conjunto quiso amparar con el beneficio pensional de jubilación a todos los servidores de la empresa sobre un mismo rasero, el que para la Corte es el más obvio: la prestación de servicios por un término mínimo pero apreciable, en los casos menos exigentes dieciocho (18) años y en los más veinte (20) años. Para el personal activo las exigencias adicionales de vinculación y edad, y para los que aquí se estudia, las de desvinculación y el máximo del servicio. Siendo ello así, advierte la Corte una redacción armónica del texto convencional tendiente a no dejar por fuera a quienes habiendo cumplido el tiempo de servicios exigido, se encontraren en determinada edad, solicitaren el reconocimiento del derecho en un hito temporal que allí también se estableció --enero y marzo de 1992 y un (1) año posterior a la vigencia de la convención colectiva o del cumplimiento de la edad estando vinculados--, o ya no estuvieren al servicio de la entidad, últimos para los cuales la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho pensional.

Ahora bien, la concepción del derecho pensional de jubilación en términos como los analizados no resulta ara cada extraña a la normatividad del trabajo, menos a la legal, pues, a guisa de mero ejemplo, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se memora, estableció la pensión proporcional de jubilación por despido sin justa causa y aún por retiro voluntario, prestación respecto de la cual la jurisprudencia es pacífica en la consideración de que la edad no es más que un requisito de su exigibilidad, bastando para su estructuración un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación forzosa o libre del trabajador.

(...)

En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.

calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en éste caso, el Acto Legislativo 01 de 2005, así ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, como en Sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”⁷.

⁷ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la

ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos,…”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48 de la Constitución.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia SU 555 de 2014, en la que entre otros aspectos, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, indicó: “(...) a) *Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época (...)*”.

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que cumplió los 20 años de servicios el actor no contara con los 55 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica para aquellos trabajadores que se retiren del servicio **sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre**, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia del registro civil de nacimiento (fl. 50) y de la cédula de ciudadanía (fl.63), el accionante cumplió la edad de 55 años el **25 de febrero de 2011**, por lo que sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 55 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

Ahora bien, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala se remite al texto convencional el cual señala en el párrafo 3 del artículo 41 lo siguiente (fl. 21):

“La pensión se liquidara así:

Primer Factor Fijo: *Ultimo sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

Segundo Factor: *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.*

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 51), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

Sueldo básico	\$704.344
Prima de antigüedad	\$240.291
Prima técnica	\$0
TOTAL FACTOR FIJO	<u>\$944.635</u>

SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES

Salario en especie	\$145.304.
Auxilio de transporte	\$0
Incentivo de Localización	\$0
Gastos de representación	\$2.100
Prima Jun/1998	\$19.800
Prima Dic/1998	\$1.583.980
Prima Jun/1999	\$1.396.287
Prima Escolar/1999	\$469.786
Prima Vacaciones	\$1.059.098
Horas Extras	\$0
Dominicales o feriados	\$0
Viáticos	\$240.000
Sobrerremuneración	\$0

FACTOR FIJO VARIABLE	\$4.916.355
Promedio factor variable	<u>\$409.696,25</u>
TOTAL FACTOR FIJO + VARIABLE	\$1.354.331,25

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2011 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470⁸ y 31222⁹, valor al

⁸ Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregona tanto del uno como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores.”

⁹ “Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

cual se le aplica el porcentaje del 75% (fl. 21) establecido en la convención colectiva así:

VH	IPC Final dic-10	IPC Inicial dic-98	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada
\$1.354.331,25	105,24	52,18481	\$2.731.251,11	75%	\$2.048.438,33

Toda vez que conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor inferior al liquidado como primera mesada pensional por el juzgado de primer grado (\$2.051.130,15), se modificará la cuantía establecida por el Juez de instancia, en virtud de la consulta que se surte en favor de la UGPP.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en 1997 (data para la cual el actor acumuló 20 años de labores) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -25 de febrero de 2011- (cuando el demandante alcanzó los 55 años de edad fl. 63), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que se confirma en este aspecto la sentencia del *a quo*.

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compatibilidad de dicha pensión con la que eventualmente llegase a ser reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, si lo hubiere, en el eventual caso que en efecto se le reconozca a futuro la pensión de vejez al demandante, confirmándose en este punto el fallo de primera instancia.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por la accionada (fls. 72 y 73)¹⁰, debe señalarse en éste punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 25 de febrero de 2011 data en la que el actor cumplió los 55 años de edad (fl. 63); presentando reclamación el 1° de octubre de 2018 (fl. 47), la que fue resuelta mediante Resolución RPD 002800 del 30 de enero del 2019 (folios 48 y 49), y acudiendo a la jurisdicción el 11 de abril de 2019 (fl. 65), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 25 de febrero de 2011 y el 1° de octubre de 2015, tal como así lo determinó el operador judicial de primer grado, procediendo la confirmación de la sentencia también en éste punto.

En este orden de ideas, procede la Sala a **concretar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales al actor, el cual se liquida con la mesada aquí obtenida (\$2.048.438,33) del **1° de octubre del 2015 al 27 de mayo del 2020** (fecha de la sentencia de primera instancia), obteniendo como suma adeudada **\$171.023.299,42**¹¹, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.

Por otro lado, en lo que hace a la condena al pago de indexación del retroactivo adeudado por 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

¹⁰ Por auto del 16 de julio del 2019 se tuvo por contestada la demanda (fl. 89).

¹¹

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.048.438,33	0,00	\$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.124.845,00	0,00	\$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.176.691,00	0,00	\$ 0,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.218.919,00	0,00	\$ 0,00
01/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.300.131,00	4,00	\$ 9.200.524,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.455.850,00	14,00	\$ 34.381.900,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.597.061,00	14,00	\$ 36.358.854,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.703.280,79	14,00	\$ 37.845.931,1
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.789.245,12	14,00	\$ 39.049.431,7
01/01/20	27/05/20	3,80%	\$ 2.895.236,44	4,90	\$ 14.186.658,6
Total retroactivo				\$ 171.023.299,42	

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 hicieron efectivas a partir del 1° de octubre del 2015, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute 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.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor¹², de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el valor de la mesada pensional al año 2011, adicionándola en el punto anteriormente mencionado y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

¹²Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

"De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello"

Sin **COSTAS** en el grado de jurisdicción. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte 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

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como valor de mesada pensional para el año 2011 a favor del señor JOSE LUIS ALZATE HENAO la suma de **\$2.048.438,33**, concretándose el retroactivo adeudado al actor del **1° de octubre del 2015 al 27 de mayo del 2020** (fecha de la sentencia de primera instancia), en suma de **\$171.023.299,42**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la UGPP a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante

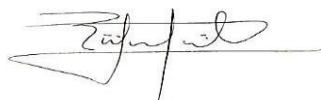
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado de jurisdicción. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



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 MARTHA LUCIA CORTES HENAO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 12 2018 00486 01).

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante (folios 218 a 221) y PROTECCIÓN S.A. (folios 222 a 224), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de junio de 2020 (Cd a folio 213, récord: 24:08 audio 2, acta a folios 214 y vto.), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a PROTECCIÓN- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PRESTACIONES Y CESANTÍAS, a COLFONDOS y a COLPENSIONES de las súplicas de la demanda incoadas en este caso, por la señora MARTHA LUCÍA CORTÉS HENAO.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de ausencia de causal de ineficacia o nulidad de la afiliación, absteniéndose el despacho de cualquier otro tipo de análisis exceptivo.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en la instancia.

CUARTO: En caso de no ser apelado el presente fallo, sùrtase 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, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello, señala, el juzgador interpreta de manera errónea la jurisprudencia que desde el año 2008 hasta la fecha, marca un solo sentido y es que, cuando dentro del traslado de régimen no se logra probar la existencia de una asesoría clara, completa, adecuada y suficiente se trasgrede el deber de información y el buen consejo que afecta la libertad informada, carga probatoria que advierte en cabeza de la AFP.

De otra parte refiere, no se puede pretender equiparar la ineficacia del traslado a las normatividades en material civil y comercial porque la seguridad social es autónoma y, en ese entendido, no se puede argumentar la misma aludiendo a esos textos jurídicos, de allí que no aplique el saneamiento por el paso del tiempo en nulidad absoluta, relativa o ineficacia, ni tampoco la ratificación acudiendo al artículo 898 del Código de Comercio, pues ello, dice, va en contravía de lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia quien ha precisado que la afiliación al régimen de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras dentro de ese régimen.

En tal sentido, refiere, no comparte la postura vertida por el juez relativa a que, aunque pudo existir ineficacia de la afiliación, está se convalidó por el traslado entre régimen pensionales y ruega al Tribunal se acoja la jurisprudencia que sobre el punto tiene decantada la Alta Corporación, así como aquella atinente al deber de información¹ (Cd a folio 213, récord: 25:39 audio 2, acta a folios 214 y vto.)

¹ *“Con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el honorable despacho, y me propongo sustentarlo a continuación, teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Le ruego a la honorable sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocar la presente sentencia teniendo en cuenta varios elementos. Primero, el juzgado al momento de considerar los argumentos para el fallo, hace un estudio histórico de cómo ha funcionado el precedente jurisprudencial en materia de nulidades e ineficacia de la afiliación, sin embargo, en mi concepto y de forma muy respetuosa, considero que hace una interpretación errónea en varios puntos. Cuando habla sobre los parámetros sobre los cuales se debe abordar el fenómeno, no utiliza una interpretación unitaria de la jurisprudencia, sino que utiliza segmentos de la jurisprudencia porque el entendido propio de la jurisprudencia desde el año 2008 hasta la jurisprudencia proferida del año 2020 marca un solo sentido, y es que cuando dentro de un traslado de régimen pensional no se logra probar, y es clara y reiterada que la carga de la prueba está en el fondo privado de pensiones, en ninguna jurisprudencia se va a encontrar que eso no es así, que cuando no se logra probar que se otorgó una asesoría que pueda predicarse como clara, completa, adecuada y suficiente, existe una clara violación al deber de información y el buen consejo, esta violación al deber de información y del buen consejo es la que, según la jurisprudencia, viene afectando la libertad informada consagrada en el artículo 13 literal B 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 MARTHA LUCIA CORTES HENAO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 5, aspirando se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a dicha AFP, incumpliendo su deber de buen consejo.

Inicialmente es cierto, la jurisprudencia de la corte empezó hablando de nulidad y entre el año 2008, 2011, las jurisprudencias hito, y el año 2014 cuando empezó a usar la palabra ineficacia, ¿Por qué lo hace? Lo hace por varios puntos, pero principalmente es para desarrollar esa propia palabra de anulación, de nulidad porque algunos operadores judiciales empezaron a apartarse de ese precedente propio de la Corte Suprema y empezaron a hablar del vicio de error, fuerza y dolo, vicios del consentimiento cuando más adelante la misma corte ha indicado que ese tipo de ineficacia que se predica es una que tiene origen en un precedente jurisprudencial. No podemos pretender igualarla a normatividades en materia civil y comercial porque la materia de seguridad es un ente autónomo. Entonces, cuando decimos que se deslindan, debemos tener en cuenta, como dice el juez de primera instancia, argumentar en razón al código civil o código de comercio, Porque así entraríamos a hablar del saneamiento de ese tipo de ineficacia o de nulidades.

Por eso es que no aplicaba el saneamiento por el paso del tiempo, en nulidad absoluta o nulidad relativa o en ineficacia, no podemos hacer el mismo llamado a sanear esa potencial ineficacia porque el juez de primera instancia, con todo respeto, lo que indica es que con razón al artículo 898 del código de comercio, existió un fenómeno de ratificación, pero esto iría totalmente en contravía con lo que ha indicado la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado, y no una vez sino que ha indicado desde el año 2008, en sentencias 31989, 31314, ratificadas en la 33083 de 2011 y más adelante, que no se puede indicar que opera el fenómeno de la ratificación, porque este fenómeno de afiliación efectiva al régimen de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras dentro de ese régimen, y lo ha dicho de forma textual, no se convalida por los traslados de uno a otro régimen, de hecho, lo que sí ha señalado la jurisprudencia, la SL 1432 es que siempre el operador judicial debe constatar el deber de información que es, y repito la palabra de la corte, ineludible. Entonces, sabiendo que la corte ya ha dicho que el traslado entre administradoras en el mismo régimen no convalida la omisión al deber de información y por el contrario, le ha dicho al operador judicial que según las reglas, que el señor juez mencionó tres pero la cuarta, la conclusión para completar el argumento del juez dice la constatación del deber de información es ineludible” y no se debe predicar de una sola administradora, sino que es ineludible para todas las administradoras, que reitero, no se convalida por el traslado entre regímenes pensionales. Por ende, no se acoge este apoderado al argumento de este despacho en el sentido que pudo existir ineficacia de la afiliación entre fondos sin indicar un análisis sobre si existió una información que pueda predicarse como adecuada, completa y suficiente en los siguientes fondos, y también rogando el al tribunal que acoja la jurisprudencia de la corte que ha indicado que el traslado entre administradoras no convalida esa omisión al deber de información.

Ruego también al honorable tribunal tener en cuenta las sentencias que ha proferido entre abril, mayo y junio e inicio se este mes la corte suprema de justicia que nuevamente ha señalado que respecto a los operadores judiciales que se aparten de su precedente jurisprudencial, en el sentido que el fin de este tipo de procesos es que los fondos logren probar que cumplieron con el deber de información y del buen consejo, y si el fondo no logra probarlo, como ocurrió en este caso, este tipo de probabilidad por su ausencia, debe acoger en su totalidad la teoría y el fundamento propio de la Corte Suprema de Justicia. En este sentido dejo expuesto mi recurso de apelación y le ruego a usted su señoría, que me conceda el presente recurso. Muchas gracias.”

Así mismo, se declare que PROTECCIÓN y COLFONDOS incurrieron en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que tiene en cada uno de los regímenes pensionales. En consecuencia, se condene a estas AFP a la ineficacia (sic) del tránsito al RAIS, disponiendo que esta última, como administradora actual, traslade los aportes cotizados a COLPENSIONES, quien, a su vez, deberá aceptarlos y registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde el 12 de septiembre de 1990. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró probada la excepción de *“ausencia de causal de ineficacia y/o nulidad de la afiliación”*, absolviendo a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar que, aunque pudo existir una desinformación en el traslado inicial, dicho acto jurídico de afiliación al RAIS fue ratificado con las afiliaciones realizadas con posterioridad dentro del mismo régimen a ING y COLFONDOS S.A.

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 20 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de enero 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 Colpensiones el 4 de mayo de 2018 (folios 102 y 103), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para

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”.

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 125,43 semanas de cotización (folio 88) equivalentes a 2,43 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 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 31 de enero de 1995 (folios 87 y 174) específicamente, conforme la información reportada en el formulario de afiliación y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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 PROTECCIÓN S.A. (antes DAVIVIR S.A.)³

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 recientemente en

³ DAVIVIR fue absorbida por ING, quien a su vez fue absorbida por PROTECCIÓN en el año 2012.

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

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 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 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

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.

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, apreciándose las pruebas solicitadas por la AFP tuvieron el carácter de documentales y aunque se decretó a favor de la parte actora el interrogatorio de parte del representante legal de PROTECCIÓN, ésta desistió de la práctica de tal medio probatorio.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 87), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (hoy 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 S.A. (antes DAVIVIR), omitió en el momento del traslado de régimen (31 de enero de 1995, folio 87) 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.

Es menester precisar, contrario a lo señalado por el Juez de primera instancia, el hecho 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, tal como se observa a folio 174 y 206. Frente al 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 guardan relación 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 gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, 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, 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.

Además, se advierte, 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 prescripción⁵ (fl. 116), 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

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 10 de diciembre de 2018 (fol. 141)

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, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado se revocan y quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A. y 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,

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Doce (12) 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 enero de 1995 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la señora MARTHA LUCÍA CORTÉS HENAO 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 **PROTECCIÓN 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 o gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la PROTECCIÓN S.A., a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

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 GLADYS AMANDA
FRANCO VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2019 00609 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio 230).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado intervención por parte de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales (folios 202 a 213), así como los alegatos de instancia por la parte actora (folios 214 a 219) y las demandadas COLPENSIONES (folios 221 a 229) y PORVENIR S.A (folios 231 a 238), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

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 la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de junio de 2020 (Cd a folio 192, récord: 01:09:08, acta a folios 193 y 194), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLADYS AMANDA FRANCO VARGAS realizado del régimen de prima madia al RAIS acaecido el 31 de enero del 2000 mediante la afiliación a HORIZONTE ahora PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora GLADYS AMANDA FRANCO VARGAS.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLADYS AMANDA FRANCO VARGAS tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica al artículo 145 del código de procedimiento laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, efectuando los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: SIN CONDENAR en COSTAS en esta instancia ante su no causación.

SEXTO: Dado que las resultas del proceso son adversas a los intereses de COLPENSIONES, hágase la remisión del expediente para que se surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en su favor ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación. Inicialmente el representante judicial de PORVENIR, refiere, el argumento de la Corte Suprema de Justicia para determinar la inversión de la carga de la prueba se funda en el supuesto de quién está en una mejor condición de probar un hecho determinado, señalando, para la anualidad en la que la demandante realizó su traslado no existía disposición normativa que estableciera la necesidad de guardar soporte de la información suministrada por lo que exigir otro medio probatorio, como un testigo, desconoce no solo que la afiliación fue hace 20 años, sino implica que la persona que realizó la afiliación deba tener certeza y pleno conocimiento de este particular caso, siendo ello imposible para la AFP.

De otra parte, indica, la norma vigente al momento del traslado establecía únicamente un deber de información y no del buen consejo, y en esa medida, esa administradora no estaba obligada a realizar una proyección pensional, indicando,

además, la actora no puede alegar el desconocimiento de las condiciones y características del sistema, pues las mismas están contenidas en la Ley.

Finalmente, dice, de confirmarse la sentencia debe revocarse lo atinente a la devolución de los gastos de administración y los rendimientos, en tanto, en su criterio, de haber permanecido la demandante en COLPENSIONES no habría generado el mismo porcentaje de rentabilidad obtenido en el RAIS, lo cual se logró precisamente a la gestión y labor profesional de esa sociedad administradora, por lo que ordenar la transferencia de estos recursos a un tercero no sería realmente “volver a las cosas a su estado original”¹ (Cd a folio 192, récord: 1:10:51, acta a folios 193 y 194)

¹ “Señora juez, teniendo en cuenta las instrucciones dadas por PORVENIR, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir teniendo en cuenta lo siguiente.

En primer lugar, uno de los argumentos que señala el despacho para efectos de imponer la condena de la ineficacia y devolución de aportes es lo referente a lo que se extraña no es un documento sino cualquier medio de convicción, pero en este punto, para este apoderado judicial es muy importante tener en cuenta que el argumento en el que se basa la jurisprudencia de la sala de casación laboral para efectos de determinar la inversión de la carga de la prueba, que es regla en es estos proceso, es precisamente el hecho de la dificultad o quién está en una mejor condición de probar un hecho determinado. Sobre esto se debe tener en cuenta que como se acredita en los documentos que se encuentran en el expediente, es claro que la afiliación de la demandante se llevó a cabo en el año 2000,

Segundo, que no existía disposición normativa de guardar soporte de esa información y que como lo dijo el despacho, podría llegar a ser una prueba testimonial la que nos diera luz en relación a la información otorgada. Sin embargo, esta teoría desconoce no solamente que fue hace 20 años que se realizó el traslado, sino que adicionalmente tendríamos que tener la certeza que la persona que realizó la vinculación, que suscribió junto con la actora el formulario de afiliación tiene pleno conocimiento de la afiliación que realizó en uno de los tantos procedimiento que llevó a cabo.

De manera que ni siquiera trayendo a la persona que realizó el traslado o las constancias de las capacitaciones que PORVENIR la daba a sus asesores con fines que estos informaran a un tercero sobre las condiciones y características de régimen, se lograría cumplir o llenar las expectativas de la carga de la prueba que impone la jurisprudencia en cabeza de mi representada y en general de las AFP. Entonces, si no existiera disposición normativa en relación a dejar constancia por escrito, sería imposible obligar a mi representada a lo imposible, lograr que la persona que hizo la afiliación tenga claridad en relación a la señora Gladys, sus condiciones particulares y la información que en ese momento se otorgó. En últimas, le están poniendo y una carga que nunca se va a lograr probar, más aun, porque el mismo despacho lo reconoce, no existía claridad respecto de las condiciones y características de la información requerida para su momento.

De igual manera se debe tener en cuenta y se reitera, que lo vigente para el momento de la presentación de la demanda era un mero deber de información y no un deber de buen consejo y si bien, en este caso no se extraña la realización de una proyección pensional, si se discute en relación a un estudio pormenorizado y detallado en relación con las condiciones y características de la señora Gladys, esta situación ni siquiera en la ley 100 de 1993 en el decreto del consumidor financiero vigente para la época existía dicha previsión. Véase que por demás, este decreto rige para todas las entidades del sistema financiero y no únicamente para las entidades del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, así que no tiene una previsión específica en relación a las condiciones y características de la información que debía otorgar mi representada, por el contrario, lo cierto es que la demandante sí estuvo vinculada con PORVENIR por 20 años realizando aporte se seguridad social, periodo en el cual realizaba extractos periódicos en relación al estado de su cuenta de ahorro individual y se vio beneficiada de rendimientos financieros y económico.

A hoy resulta imposible no solamente desconocer esto, sino que de lo que se duele la demandante es de un desconocimiento de las condiciones y característica d la ley, lo mismo es la violación al principio general del Derecho según el cual, las leyes aplican de manera general e inmediata una vez su promulgación, y esto es porque las condiciones y características del régimen de ahorro individual cuentan con consolidación normativa en la ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios, así que es claro que desde el momento

A su turno, el apoderado de COLPENSIONES inicialmente señala, imponer a las administradoras de pensiones la carga de demostrar el cumplimiento de obligaciones legales de asesoría y buen consejo, frente a situaciones que se consolidaron en un momento temporal en el que no existía exigencia normativa y jurisprudencial sobre el particular, la ubica en una posición de “*inferioridad manifiesta*” frente a la parte demandante, máxime si se tiene en cuenta que para el momento del traslado de régimen pensional efectuado por la actora lo único que se requería era la suscripción del formulario de afiliación, pues el buen consejo fue desarrollándose con el paso del tiempo.

En consideración a lo anterior y por haberse sometido la afiliación de la demandante a la legislación imperante en el momento, dice, debe tenerse la misma como válida, enfatizando, aunque la actora refiere la omisión de la AFP de ilustrar las características básicas del régimen de prima media y de ahorro individual, lo cierto es que tales situaciones están contenidas en la Ley 100 de 1993 cuyo desconocimiento no vicia el consentimiento.

De otro lado menciona, la diferencia en el valor de la mesada pensional que pudiera reconocerse en uno u otro régimen no es razón suficiente para pretender la ineficacia o nulidad del acto de traslado, pues lo que corresponde es verificar si se cumplieron o no las obligaciones legales por parte de los fondos privados.

Indica, debió tenerse en cuenta los salvamentos de voto a la sentencia SL 413 de 2018, los cuales, aunque “*no constituyen ningún precedente*”, establecen

mismo en que se expidió la ley 100 de 1993, todos teníamos conocimiento de esas condiciones y características y con ello se cumplía con los requisitos establecidos en el decreto 663.

Finalmente, solicito al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en caso de no revocar la sentencia, que sí revoque por lo menos lo referente a la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que si bien lo que se pretende en estos casos es devolver las cosas a su estado original, claramente se está desconociendo que en COLPENSIONES por la misma forma de administración de los recursos, que es un sistema o un fondo colectivo en donde impera la solidaridad, la demandante no habría generado el mismo porcentaje de rentabilidad que se generó en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionalmente, si tengo en cuenta un comparativo entre el fondo de prima media, donde no se genera la misma rentabilidad y una cuanta que acreció el doble teniendo en cuenta los rendimientos que solamente se generan en atención a la labor profesional de mi representada e inversión permanente en la bolsa, es claro que ordenar a mi representada la devolución de los gastos de administración pero adicionalmente de los rendimientos económicos, no es volver las cosas al estado original sino por el contrario, redundaría en un beneficio indebido a favor de un tercero.

Así las cosas, dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando al tribunal que en principio revoque la totalidad de la sentencia, pero de manera subsidiaria, si considera pertinente confirmar lo referente a la ineficacia de la afiliación, revoque la condena a devolución de gastos de administración.”

parámetros frente a la verificación de la existencia de un perjuicio claro y cierto para la demandante al momento de realizar el traslado, anotando, no existe una línea sobre la cual todos los procesos de nulidad de traslado deban edificarse²(Cd a folio 192, récord: 1:16:26, acta a folios 193 y 194)

² “Gracias señorita, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho para que lo resuelva la sala laboral de Tribunal Superior de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes términos. En primer lugar, no comparte este apoderado probatorio toda vez que indica el Despacho en primer lugar que de ese interrogatorio no se logró obtener la confesión y que adicionalmente no se aportó otro medio probatorio documental u otro medio probatorio de cual se pudiera concluir que efectivamente había cumplido con sus deberes de información y del buen consejo. Sobre el particular efectivamente, pretender la confesión de la demandante en un tema frente al cual no existe forma de contrarrestar su dicho pues realmente el interrogatorio de parte en este tipo de procesos no sería el medio de convicción para demostrar el cumplimiento de las obligaciones de la AFP salvo en algunos casos donde realmente el demandante sí llega a confesar algunos de los pormenores de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado, pero en este caso claramente no se logró tal fin y sumado a ello señorita, tal y como lo indicó el apoderado de PORVENIR, imponerle una carga probatoria a las administradoras de pensiones de que demuestren el cumplimiento de obligaciones legales de asesoría y de buen consejo frente a situaciones que se consolidaron en un momento temporal en el cual no existía ninguna exigencia normativa y jurisprudencial sobre el particular, claramente lo pone en una posición de inferioridad manifiesta frente a la parte demandante si a eso se le suma que el precedente de la Corte habla de una inversión de la carga probatoria.

Tal y como lo dije en los alegatos, la única exigencia normativa que existía para el momento que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional, era la ni de suscripción del formulario de afiliación no existía la obligación ni de documentar la asesoría, ni de hacer proyecciones pensionales, ni siquiera de efectuar escenarios comparativos entre uno u otro régimen pensional, porque esas exigencias, en cuanto al deber de información y de buen consejo fueron desarrollándose con el paso del tiempo y de acuerdo a la normatividad que se fue expidiendo, tal como lo explica por ejemplo la Corte en la sentencia SL-1452 del 2019 y sobre esa base, teniendo en cuenta que el traslado de la demandante se efectuó en cumplimiento de las normas vigentes para al año 2000, el traslado debe tenerse como válido y con plenos efectos, adicionalmente porque se hace alusión en la demanda del incumplimiento de algunas de las obligaciones por parte de la AFP, omitió explicar características básicas del régimen de prima media y de ahorro individual, esos son puntos netamente de derecho porque la ley 100 de 1993 establece como es el funcionamiento y cuáles son los requisitos para que un afiliado al régimen de ahorro individual adquiera el derecho a la pensión de vejez, igualmente lo es así para los afiliados al régimen de prima media, la misma ley 100 establece cual es la cuota de administración, cual es la forma y la distribución de dichos aportes a cada uno de los regímenes pensionales, la misma ley 100 establece cuales con las modalidades de pensión que tiene el régimen de ahorro individual. Entonces, endilgar incumplimiento a la AFP sobre puntos que están establecidos en la ley 100 de 1993 y partiendo de la base que el Código Civil establece que el desconocimiento, perdón existe el principio básico que el desconocimiento de la ley no exime a nadie de su cumplimiento y que el código civil indica que los errores sobre no vician el consentimiento, tampoco sobre esa base podría edificarse la tesis de la nulidad o ineficacia del traslado por el incumplimiento de obligaciones por parte de la AFP.

Finalmente, el despacho hizo alusión que en forma alguna la parte demandante había indicado que se le había causado un perjuicio con el traslado, en la demanda, en el último hecho de la demanda se indica que la demandante tenía una pensión equivalente a un salario mínimo, pero que si hubiera estado en COPENSIONES, esa pensión hubiera sido de un millón setecientos y algo, indica que claramente existe una diferencia de más de un 50% entre cada una de esas mesadas pensionales y en la etapa de alegaciones, la apoderada hizo constante alusión al perjuicio que se le causó a la demandante con el acto de traslado y tal y como lo manifesté en los alegatos, la diferencia en las mesada pensional que pueda reconocer un u otro régimen pensional a un afiliado, no es una causal que esté ni en la jurisprudencia ni la ley como una posible causal para pretender la nulidad o ineficacia del acto de traslado toda vez que lo que corresponde es verificar si se cumplieron o no las obligaciones legales por parte de los fondos privados .

Adicionalmente, a juicio de este apoderado el despacho consideró algunos presupuestos y parámetros que ha establecido la Corte Suprema en la sentencia a la que hice alusión de la magistrada Clara Cecilia Dueñas, las SL-413 del 2018 sobre los cuales se puede inferir que efectivamente existe un ánimo de permanecer afiliado a determinado régimen pensional por parte de los afiliados si ellos realizan determinadas actividades o situaciones que convalidan el traslado y, frente a los salvamentos de voto que si bien no constituyen ningún precedente, en esos salvamentos se hace alusión a algunos parámetros que a juicio debieron considerarse como lo atinente a que no existe un perjuicio claro cierto y determinado para la demandante al momento de haberse efectuado el traslado y mucho menos que existe una línea sobre la cual

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 GLADYS AMANDA FRANCO VARGAS, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 19 a 22) las cuales encuentran fundamento en los hechos y omisiones expuestos a folios 4 a 8, aspirando se declare la nulidad e ineficacia del del régimen de prima media -que manejaba CAJANAL- al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A, realizado a partir del 1 de marzo de 2000 (sic). En consecuencia, se disponga su retorno inmediato al RPM manteniendo los beneficios de dicho régimen, imponiendo a COLPENSIONES el deber de recibir todos y cada uno de los valores que hacen parte de la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, y se condene a PORVENIR S.A, a devolver todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante y se dispuso su retorno al régimen de prima media con prestación definida, 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 retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los gastos de administración.**

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

todos los procesos de nulidad de traslado deben edificarse, toda vez que debe analizarse cada caso particular y verificarse si efectivamente en el caso de cada afiliado pudo o no generar algún vicio del consentimiento al momento de efectuar el traslado y a juicio de este apoderado el despacho pasó por alto dichas situaciones. Por esas razones solicito señoría a la sala laboral revocar íntegramente el fallo proferido por este despacho y absolver a COLPENSIONES DE LAS CONDENAS IMPUESTAS. Gracias.”

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 92 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 8 de abril de 1959, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado, por primera vez, mediante la petición elevada ante el Instituto de Seguros Sociales el 26 de junio de 2008 (folios 61 y 63) y a PORVENIR el 29 de julio de 2019 (folios 80 a 83), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 49 años cuando solicitó el traslado al ISS-, 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 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 110,71 semanas de cotización (folio 173) equivalentes a 2,15 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.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante (folios 30 a 40 -labora en la rama judicial-), 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

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 Era empleada pública del orden nacional, laboraba en el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (folios 30 a 40).

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 enero de 2000 (folios 42,155 y 157) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE (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.

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”.

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

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 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 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

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.

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 únicamente refirió, el asesor, en una reunión grupal les dijo que CAJANAL y el ISS serían liquidadas, que se requerían menos años para pensionarse y que la pensión sería mejor a la que recibiría en CAJANAL, señalando, no le explicaron la diferencia entre los dos regímenes pensionales ni se le indicó nada con relación a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos u otros aspectos propios del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 42 y 155), 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 (31 de enero de 2000, folio 42 y 155), 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 otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer en el formulario de afiliación (folio

⁶ Cd fl. 192, récord. 18:46, acta folio 193 y194.

42), 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.

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, 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 es suficiente indicar 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

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 (...)”.

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.

Asimismo, advierte la Sala frente a los reparos formulados en la alzada por PORVENIR, 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, como quedó dicho en la sentencia de primer grado.

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 prescripción⁹ (fl. 113), 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.

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.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 4 de marzo de 2020 (fol. 186).

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 Octava Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: 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 HUMBERTO RAMIREZ CAÑÓN CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 08 2018 00466 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado FABIO HERNÁN ORTIZ RIVEROS, como apoderado judicial de la demandada NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en los términos y para los efectos de la delegación realizada mediante Resolución 0928 de 27 de marzo de 2019 (folio 160).

Así mismo, se reconoce personería para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder de sustitución otorgado por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL, en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS S.A.S (folio 167 vto.).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por los apoderados del demandante (folios 162 a 164) y las demandadas PORVENIR (folios 171 y 172), COLPENSIONES (folios 165 a 167) y la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (folios 158 y 159), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la

Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 11 de diciembre de 2019 (Cd fl. 141, récord 44:25 acta a folios 153 y 154), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la pretendida devolución de saldos contentiva del valor de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual del Señor HUMBERTO RAMÍREZ CAÑÓN, y que tiene PORVENIR, junto con el valor correspondiente al bono pensional tipo A, con ocasión a las cotizaciones realizadas por aquel al ISS, administrado hoy por COLPENSIONES, correspondientes al interregno comprendido entre el 11 de febrero del 74 al 31 de octubre del 99, es compatible con la pensión de jubilación reconocida por el Fondo de prestaciones sociales del magisterio mediante Resolución 4874 del 15 de septiembre de 2011, conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante, Señor HUMBERTO RAMÍREZ CAÑÓN, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos, contentiva del valor de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual que este tiene en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, junto con el valor correspondiente al bono pensional tipo A con ocasión de las cotizaciones realizadas por aquel, al extinto ISS, hoy COLPENSIONES, en el interregno comprendido entre el 11 de febrero de 1974 al 31 de octubre de 1999, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a generar en favor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, el bono pensional tipo A con ocasión de las cotizaciones realizadas por el demandante, Señor HUMBERTO RAMÍREZ CAÑÓN, al extinto ISS, hoy COLPENSIONES, en el interregno comprendido entre el 11 de febrero de 1974 al 31 de octubre de 1999, a lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR a que una vez recepcionado por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el valor del bono pensional decretado en el numeral anterior, reconozca y pague al demandante, Señor HUMBERTO RAMÍREZ CAÑÓN, la devolución de saldos contentiva del valor de los aportes que en el caso reposan en la cuenta de ahorro individual, que esta entidad tiene junto con el valor correspondiente al bono pensional tipo A declarado en el numeral primero de este proveído, precisando que, de esa devolución podrá descontar las sumas que acredite haber pagado en virtud de devolución de saldos.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las apoderadas judiciales de las demandadas.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: *en caso de no ser apelada la presente decisión REMITIR las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a efectos de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta en su favor, en favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.*

OCTAVO: *SIN CONDENA en COSTAS en esta instancia.”*

Inconformes con la decisión los apoderados de la parte actora y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Así, el demandante centra su inconformidad únicamente frente a la condena en costas pues considera, debieron imponerse las mismas con cargo a la parte que resultó vencida¹ (Cd fl. 141, récord 48:24 acta a folios 153 y 154).

A su turno, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público refiere, desde la oficina de bonos pensionales solo cumple una función eminentemente técnica frente a la emisión y redención de los bonos por lo que podría pensarse caprichosa su postura de no liquidar el bono a favor del actor, empero, en su sentir, debe tenerse en cuenta que el demandante ostenta la calidad de pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prestación que se paga con dineros provenientes del erario. En tal sentido, dice, no resulta posible que esa entidad emita o redima un bono pensional tipo A pues, en principio, se considera que su afiliación al RAIS es inválida dada la decisión de pertenecer a un régimen exceptuado, y en esa medida, no le resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Sistema General de Pensiones.

Por otro lado, señala, conforme al artículo 121 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional es un título de deuda pública, lo cual quiere decir que se reconoce con cargo a los recursos públicos de la Nación, de allí que resulte incompatible con el pago de la pensión de vejez que actualmente percibe el actor, por disposición expresa del artículo 128 de la Constitución.

De igual forma indica, debe considerarse que, aunque el bono representa las cotizaciones o aportes que en su momento realizó el demandante en el ISS, lo

¹ “Gracias Señora Juez, si quisiera respecto a su sentencia solicitar recurso de apelación respecto de las costas, toda vez que las partes que conformaron el litigio fueron vencidas y la Ley impone que debe fijárseles costas por lo que será el Honorable Tribunal el que establezca el monto de las costas a la que debe ser condenadas las entidades demandadas. Muchas gracias.”

cierto es que éstas no están reflejadas en la liquidación del bono pues no se trasladan al Ministerio de Hacienda ya que pertenecen al régimen de prima media.

En otro sentido reitera, si bien no pueden desconocerse los aportes efectuados por el demandante, no es esa entidad la responsable de liquidarlos o pagarlos, menos aún bajo la figura de bono pensional y, al pertenecer los aportes al régimen de prima media, dice, estos deberán ser trasladados a la entidad que ahora lo administra a efectos de que se reliquide la prestación percibida por el demandante en virtud del principio de solidaridad que rige el sistema general de pensiones, citando como precedente la sentencia proferida por esta Corporación, con ponencia del suscrito, dentro del proceso con radicación “2016-419” y la dictada por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso “2013-139”². (Cd fl. 141, récord 48:58, acta a folios 153 y 154).

² “Muchas gracias su señoría.

Con todo respeto me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho que en consecuencia sea la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, quien en consideración a los argumentos que expongo a continuación, pues revoque la decisión y se sirva absolver a mi representada de todas las pretensiones de la demanda.

Esto teniendo en cuenta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la oficina de bonos pensionales ostenta una calidad eminentemente técnico respecto a la emisión, redención de cualquier liquidación en materia de bonos pensionales, por lo que al momento de considerar que al demandante no le asiste derecho a dicho bono pensional pues esto obedece a un criterio caprichoso por parte de esta dependencia, sino que el mismo, obedece primero a que el demandante pues ostenta la calidad de pensionado a través del Fondo Nacional de Magisterio que dicha prestación resulta pagadera con dineros provenientes del erario público, por ende, no resulta posible que la OGP (Sic), emita o redima cualquier bono pensional tipo A, a favor del demandante, puesto que en principio se considera que su afiliación al RAIS, es completamente invalida ya que por disposición expresa al pertenecer a un régimen exceptuado, tal y como es el caso del demandante, no le resulta aplicable las disposiciones contenidas en el Sistema General de Pensiones.

Así mismo, y de conformidad con el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional que es un título de deuda pública, esto quiere decir, que se reconoce con cargo a los recursos públicos de la Nación, lo que permite establecer que resulta incompatible con el pago de la pensión de vejez reconocida por el Fondo Nacional de Magisterio ya que actualmente percibe el demandante, esto por disposición expresa del artículo 128, estaría inmerso en una prohibición constitucional.

Así mismo, ha de considerarse que si bien considera el despacho que el bono pensional representa las cotizaciones o los aportes que en su momento el demandante efectuó al ISS, estas no se ven reflejadas en la liquidación del bono pensional, puesto que esos aportes no fueron trasladados al haber del Ministerio de Hacienda ni de la Nación, sino que pertenecen al RPM, hoy administrado por Colpensiones, razón por la cual, es por ello que el Ministerio de Hacienda no considera procedente que dicho aportes se vean reflejados a través de un bono pensional tipo A.

La oficina de bonos pensionales ha sido reiterativa en considerar que si bien no pueden desconocerse esos aportes al demandante, pues el Ministerio de Hacienda no es la entidad responsable para liquidarlos o pagarlos, mucho menos bajo la figura de bono pensional.

Por lo que considera que los dichos aportes al seguir perteneciendo al RPM, pues estos deberán ser trasladados por la entidad quien ahora lo administra. Esto con el fin de que sea reliquidada la prestación que actualmente percibe el demandante.

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 HUMBERTO RAMIREZ CAÑON, las pretensiones relacionadas a folios 47 y 48, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 45 a 47; solicitando principalmente se declare que las demandadas son responsables y están obligadas a reconocer y liquidar a favor del demandante el bono pensional tipo A, modalidad 2, constituido por los aportes cotizados al Instituto de Seguros Sociales hasta el 31 de marzo de 1994 y correspondientes a 848.57 semanas; que se declare que PORVENIR S.A. está obligada a gestionar las acciones de procesos de solicitud de bono pensional, su redención y de pago del mismo. En consecuencia se liquide y pague a su favor el bono pensional tipo A modalidad 2 con sus rendimientos y reajustes bien directamente o a través del fondo de pensiones, para que esta última proceda a redimirlos en su cuenta de ahorro individual. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones,** pues se dispuso el reconocimiento y pago del bono tipo A con ocasión de las cotizaciones realizadas al extinto Instituto de Seguros Sociales en el interregno comprendido entre el 11 de febrero de 1974 al 31 de octubre de 1999, tras considerarse la no existencia de incompatibilidad entre la pensión reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales y Económicas del Magisterio y el bono solicitado ya que éste último procede por cotizaciones efectuadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que no hicieron parte de la pensión de jubilación reconocida, aduciendo el afiliado al RAIS cumple los requisitos exigidos para la devolución de saldos.

Esto en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Pensiones. Estas consideraciones han sido tenidas en cuenta en diferentes providencias, entre ellas se encuentra, la proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso 2016-419, Magistrado Ponente el Dr., Diego Roberto Montoya.

Así mismo por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Armenia, dentro del proceso 2013-139, en el cual, se tuvo en cuenta dichas consideraciones y se negaron las pretensiones de la demanda, con todo lo expuesto pues solicito a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirvan tener en cuenta estas consideraciones y revocar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 8 Laboral de Bogotá.

Muchas gracias y en estos términos dejo sustentado el recurso de apelación.”

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada expresados por el Ministerio de Hacienda, en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable, advirtiendo la discusión se centra en determinar si es procedente el reconocimiento del bono pensional a favor del accionante en razón de las cotizaciones efectuadas en su momento al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Así las cosas, se ha de precisar, no es objeto de controversia la calidad de pensionado que ostenta el señor RAMIREZ CAÑÓN, en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 realizada por la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTÁ, mediante Resolución No. 4874 del 15 de septiembre de 2011 (fls. 17 a 18), a partir del 14 de septiembre de 2010, con una mesada que para ese año ascendía a \$1.825.055.

En el asunto, tampoco se discute que el demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES 848.57 semanas, entre el 11 de febrero de 1974 y el 31 de octubre de 1999, según se advierte del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por la administradora de pensiones (folios 173 a 176)³ y que se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (folio 113).

En este orden de ideas, afirma el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tanto en la contestación de la demanda como en la alzada, que el actor no es acreedor del bono pensional, en atención a que se presenta incompatibilidad entre éste posible beneficio y la pensión reconocida, al tratarse de dos asignaciones provenientes del tesoro público, respecto de lo cual adujo esta demandada (fl. 75):

“(…) debe aclararse que si bien los bonos pensionales se liquidan con base en la historia laboral de aportes que el afiliado al RAIS haya efectuado al ISS (hoy COLPENSIONES) o cajas de previsión antes de su vinculación a dicho régimen, NO POR ELLO, los bonos pensionales se “financian” con el valor de dichas cotizaciones, más aún, cuando el monto que por dichos aportes corresponda, aún hoy en día se encuentra depositado en la entidad a la cual fueron realizados los mismos, en este caso, en el ISS (Hoy COLPENSIONES).

³ Documento extraído del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético de folio 72, impreso para mayor claridad.

*Se REITERA, este beneficio denominado bono pensional, creado por la Ley 100 /93, **SE LIQUIDA** con base en la historia laboral reportada por el ISS (Hoy Colpensiones), a través de su archivo laboral masivo, cuando se trata de empleadores **que cotizaron a dicho Instituto**, (...) pero, la **FINANCIACIÓN** de los mismos, **NO TIENE QUE VER** con el valor que por dichos aportes corresponda, dado que el bono pensional (...) se reconoce con cargo a los **RECURSO PÚBLICOS** de la Nación, emitiéndose por tanto un **TÍTULO DE DEUDA PÚBLICA** (...)"*

Así las cosas, procede la Sala a verificar si en efecto como lo afirma la enjuiciada MINISTERIO DE HACIENDA con la condena impuesta en primera instancia se está violando el principio constitucional establecido en el artículo 128 de nuestra Carta Política, para lo cual resulta necesario verificar las fuentes de financiación tanto de la Pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá a la cual tuvo derecho el actor por acreditar los requisitos de la Ley 33 de 1985 (fls. 17 y 18) como la del bono pensional reclamado.

Precisando antes de abordar este estudio, no es cierto que el actor no podía estar válidamente afiliado al sistema de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 por pertenecer al régimen exceptuado para ese entonces, de que trata el artículo 279 de tal normativa, por cuanto precisamente dicha normativa señala es que los educadores tienen un régimen de compatibilidad entre las pensiones percibidas a través de ese régimen exceptuado (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) con las concedidas por los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, sin que se pueda entender que este artículo lo que predica es que ningún docente afiliado al FOMAG pueda, por vinculaciones de carácter privado, afiliarse a uno de los dos regímenes establecidos en la Ley 100 de 1993, tan es así que el artículo 31 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994 (Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993) estableció:

***Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores.** Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.*

En este orden de ideas, es claro que para los educadores quedo abierta la posibilidad de acumular cotizaciones en uno de esos regímenes con el fin de

incrementar la prestación económica por vejez o entrar a disfrutar de ambas prestaciones en virtud de la compatibilidad señalada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual luce evidente que la afiliación efectuada en momento por el actor al ISS y posteriormente al RAIS administrado por la AFP PORVENIR resulta válido.

Pues bien, para resolver es importante anotar, el ahora ponente mantuvo el criterio de incompatibilidad del bono pensional tipo A con la pensión reconocida por el Magisterio, atendiendo precisamente la fuente de financiación, el cual quedó plasmado en la sentencia proferida dentro del proceso ordinario con radicación 10 2019 00419 01 al que se refiere la recurrente, en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, se tiene que la prestación pensional fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tal como se evidencia en el acto administrativo visible a folios 21 a 22, el cual conforme a la Ley 91 de 1989 es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% del capital, lo que significa que la pensión de invalidez del de cujus efectivamente se cancela con recursos provenientes de la Nación.

Ahora, respecto al Bono Pensional tipo A - Modalidad 2 petitionado, ha de recordarse 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 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 el pensionado fallecido inició su vida laboral el 21 de marzo de 1985 (ver fl. 7) y se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS el 30 de junio del 2001 (ver fl. 204).

En esta dirección resulta, que éste tipo de Bono pensional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993⁴ y Decreto 1299 de 1994 artículo 16⁵, es

⁴ **ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN.** La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades 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 expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.

emitido por la Nación representada en este caso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por manera que de acuerdo a lo dispuesto en estas normativas al expresarse que la “Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional” sin mayores elucubraciones es claro que el referido Bono Pensional, se encuentra a cargo del Estado, es decir, que la emisión de éste título implica por demás su pago en el reconocimiento de la deuda que está asumiendo por la responsabilidad que le correspondía al ISS en relación con su afiliados, lo cual genera que el precitado bono pensional se cancele con los recursos propios de la Nación.

Analizado lo anterior, se tiene entonces que la FUENTE DE FINANCIACIÓN tanto de la Pensión de Invalidez reconocida al señor RONCANCIO GARCÍA (q.e.p.d.) por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como del Bono Pensional Tipo A Modalidad 2, al cual tendría derecho, resulta ser la misma, esto es, ambas se pagan con recursos provenientes del ERARIO PÚBLICO, por ende contrario a lo dispuesto por la Juez de Primera instancia, en el sub lite la razón se halla del lado de la enjuiciada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en atención a que ello iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, generándose así una incompatibilidad para el reconocimiento del Título de Deuda Pública solicitado con esta demanda, resultando por ende improcedente ésta pretensión, razón por la cual habrá de revocarse la condena impuesta a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Téngase en cuenta, que si bien el Bono Pensional se liquida de acuerdo a los aportes realizados por los afiliados, en este caso, al entonces Instituto de Seguros Sociales conforme a la información que dicha entidad remita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de un archivo laboral masivo, en manera alguna para el caso de vinculaciones laborales anteriores al 1º de abril de 1994, se debe efectuar algún tipo de traslado por parte del ISS hoy COLPENSIONES por el valor de esos aportes que se hicieron al Régimen de Prima Media, como si acontece para el caso de afiliaciones posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (ver inciso 3 art. 16 Dc. 1299/94), por lo que no puede entenderse que su financiación provenga exclusivamente de cotizaciones efectuadas por empleadores privados, pues como ya se explicó la Nación en este tipo de eventos asume la deuda de dichos aportes, los cuales únicamente se itera sirven de base para liquidar el correspondiente título o bono pensional.

A pesar de lo anterior, la Sala advierte que los aportes efectuados por LUIS GABRIEL RONCANCIO GARCÍA al entonces ISS en razón a las cotizaciones de sus empleadores privados que datan del 21 de marzo de 1985 a septiembre de 1999 (según fls. 7 a 10) y que no se reflejan en la cuenta de Ahorro Individual de la AFP PORVENIR a la cual se encontraba afiliado antes de su fallecimiento (fls. 127 a 131),

⁵ **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.

no pueden dejar de ser objeto de devolución, pues debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto 3995 del 2008 artículo 11 que señala:

*“(…) en aquellos casos en que proceda el traslado del **RPM al RAIS** y **no haya lugar a la emisión de bono pensional**, la entidad respectiva deberá efectuar el traslado del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.”*

Así las cosas y como quiera que en efecto en el presente asunto existió un traslado de régimen (fl. 126) situación que por demás no está siendo discutida en este litigio y el bono pensional solicitado no puede ser reconocido por la incompatibilidad atrás estudiada, eventualmente podrían enarbolarse los supuestos de la norma atrás citada, en tanto no es posible la emisión del bono pensional, además por cuanto se echa de menos que el ISS –al momento del traslado del afiliado fallecido– no cumplió con su deber de poner a disposición de la AFP PORVENIR el bono respectivo o por lo menos en autos no se evidenció (…)”

No obstante, el criterio atrás expuesto, la Corte Suprema de Justicia en casos análogos al presente, como máximo órgano de esta jurisdicción y en su función unificadora de la jurisprudencia, en reiteradas decisiones (SL451 de 2013, SL7421–2017, SL2655 de 2018, y SL1257–2019 y SL 5092 de 2019) determinó que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado a través de la devolución de saldos, advirtiendo, es perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión, en razón a que las cotizaciones que se pretende compensar fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales por servicios prestados a instituciones privadas y, en todo caso, son diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial, por lo que no existe incompatibilidad entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial. Puntualmente, en la sentencia SL451 de 2013, reiterada en sentencias SL7421–2017, SL1257–2019 y SL5092 de 2019 sostuvo esa Corporación:

“En esencia, en el cargo se reprocha al Tribunal por haber dispuesto la inclusión del valor del bono pensional dentro de la devolución de saldos, por virtud de que: i) de acuerdo con las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, los bonos pensionales solo son compatibles con la financiación de una pensión de vejez y no con una devolución de saldos; ii) y porque, en todo caso, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no resulta posible mezclar las prestaciones de sus dos regímenes, con factores propios de un régimen exceptuado como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

*En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que “(...) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y **el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar**, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.” (negritas fuera de texto).*

*Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que “(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- **cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.**” (negritas fuera de texto).*

De acuerdo con las disposiciones transcritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.

Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión “si a éste hubiere lugar”, no hace cosa diferente a prever que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso

mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.

Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.

Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

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

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

“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el

mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión.

Y es que lo que se discutió en esta contención no fue el derecho del accionante a obtener la pensión de vejez, sino la falta de inclusión de un número importante de cotizaciones por parte del ISS, efectuadas por los empleadores dentro del lapso comprendido entre febrero de 1969 y noviembre de 1979, tal cual lo sostuvo en la demanda inicial, y lo reclamó previamente ante el demandado. En ese orden, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación por los servicios prestados entre el 1º de enero de 1969 y el 28 de marzo de 2000, resulta inexplicable que el Instituto haya calculado el monto de la pensión de vejez con base en las cotizaciones efectuadas entre septiembre de 1991 y junio de 2004, que comprende un importante período tomado en cuenta por aquél Fondo para concederle la prestación jubilatoria, y no haya incluido los aportes que reclama el demandante.

Sobre el problema jurídico debatido, el criterio de la Sala se ha orientado en sentido contrario al estimado por el ad quem, por ejemplo, en la sentencia 28164, de 19 de junio de 2008, en la que se expuso:

“Las alegaciones expuestas por la Institución demandada (al contestar la demanda) para oponerse al derecho pensional solicitado no son admisibles.

La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus

servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora.

La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro”.

El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adoctrinó:

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

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

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar

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

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

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos.”

En consonancia con lo expuesto, y atendiendo la actual composición de la Sala de decisión, como quiera que el anterior criterio del ponente no fue acogido en su momento, este se ha visto obligado a reconsiderar el tema nuevamente razón por la cual atiende el criterio proveniente de la Corte Suprema de Justicia el cual constituye una línea jurisprudencial, acogiéndose la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos por constituir doctrina probable al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887⁶, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria.

De tal manera, en el caso de autos, como quiera que el pago de la pensión de jubilación oficial fue en virtud del tiempo público prestado en calidad de docente (folios 17 y 18), lo que no le impidió haber acreditado tiempos distintos y anteriores con empleados privados (folio 173), es claro que la financiación de una y otra prestación son diferentes, y en tal sentido no existe incompatibilidad entre el bono pensional tipo A cuyo reconocimiento aquí se persigue, con la prestación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá.

⁶ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Tales disquisiciones resultan suficientes para desestimar los argumentos esgrimidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debiendo por tanto confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en lo que atañe al recurso de alzada formulado por la parte actora, baste con señalar, en los términos del numeral primero del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso resultan ser el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y PORVENIR S.A, por lo que debió condenarse a estas al pago de las mismas dada la prosperidad de las pretensiones, debiendo revocarse la providencia apelada con relación a este punto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, procediendo a la confirmación de la sentencia, revocando únicamente lo atinente a las costas procesales de la primera instancia para condenar al pago de las mismas a las demandadas PORVENIR y MIN HACIENDA.

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 en primera instancia por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se **REVOCAN** y correrán a cargo de PORVENIR y la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HMV INGENIEROS LTDA CONTRA COMPENSAR E.P.S Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2018 00676 01).

Bogotá D.C., treinta (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por los apoderados de la sociedad demandante (folios 1371 a 373) y las demandadas PORVENIR (folios 377 a 379) y COMPENSAR E.P.S. (folios 374 a 376), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y COMPENSAR E.P.S., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 6 de diciembre de 2019 (Cd folio 364, récord 18:32 acta a folios 361 a 362), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Se **CONDENA** a la EPS COMPENSAR, a que proceda a pagar y reembolsar a la empresa demandante HMV INGENIEROS LTDA., el dinero que esa sociedad ha reconocido a su trabajadora la Señora CLAUDIA MARCELA LÓPEZ, por concepto de las incapacidades expedidas por esa EPS, desde el 29 de octubre de 2015 al 22 de enero de 2016, identificada con los números 11065947 por valor de \$736.600, número 11082156 por valor de \$685.800, número 11098549 por valor de \$711.200, número 11113905 por valor de \$685.800 y número 11127147 por valor de \$736.600, es decir, por el 50% del salario registrado en esa EPS de la trabajadora que las causó y sumas que deberán reconocerse debidamente indexadas, teniendo en cuenta, la pérdida del poder adquisitivo del dinero hasta la fecha en que se realice efectivamente su pago a la sociedad demandante.

SEGUNDO: Sobre excepciones propuestas se **DECLARA** parcialmente la de prescripción propuesta por COMPENSAR, y no restante las excepciones propuestas por esa EPS. Igualmente dada su absolución, dada las results del proceso se

DECLARAN probadas las excepciones propuestas por PORVENIR con su contestación.

TERCERO: *se ABSUELVE a PORVENIR de las pretensiones solicitadas en su contra por la sociedad demandante.*

CUARTO: *Las COSTAS de este proceso son a cargo de la EPS COMPENSAR, y las agencias en derecho se tasan a favor de la sociedad demandante en 6 SMLMV al momento del pago. Igualmente, la sociedad demandante HMV INGENIEROS LTDA., debe pagar al Fondo PORVENIR como costas procesales 2 SMLMV al momento del pago, en virtud de su absolución”*

Inconformes con la decisión los apoderados de la parte actora y de COMPENSAR E.P.S., respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente la sociedad demandante aduce, las incapacidades cuyo pago se dispuso por el juez de primer grado deben cancelarse sobre sumas diferentes a las ordenadas así: para la incapacidad 11065947 \$845.350, la 11022156, \$787.050, la 11098549 \$816.200, la 11113905 \$787.050 y la 11127147 \$845.350.

De otro lado, considera, debió disponerse el pago de las incapacidades con números 11046971, 11030561, 11016091, 11002011, 10987068, 10971065, 10959047, 10942514, pues en su sentir, interrumpió la prescripción por un periodo igual al inicial (Cd folio 364, récord 20:41, acta a folios 361 a 362)¹

A su turno, COMPENSAR EPS manifiesta no tener obligación legal de reconocer las incapacidades comprendidas entre el 29 de octubre de 2015 y el 19 de febrero de 2016 a las que fue condenada, por cuanto para dicha calenda no había entrado en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de

¹ “Muchas gracias Señor Juez. Me permito interponer recurso de apelación que procedo a sustentar en este proceso:

El recurso de apelación que se presenta se hace únicamente en cuanto a dos conceptos frente al fallo de primera instancia.

El primero, es frente a los valores indicados por el Juez para el reconocimiento de las incapacidades que debe Compensar, esto es, para la incapacidad 11065947, considera esta judicatura que el valor debería ser \$845.350, que para la 11022156, el valor debe ser \$787.050, para la 11098549 el valor debe ser \$816.200, para la 11113905 el valor debe ser \$787.050 y para la 11127147 el valor debe ser \$845.350.

Así mismo, se quisiera poner de presente al Juez de segunda instancia que se considera que en cuanto a las incapacidades 11043971, 11030561, 11016091, 11002011, 10987068, 10971065, 10959047, 10942514, se considera que la solicitud de pago sin duda interrumpió la prescripción por un periodo igual al inicial, es decir, por otros tres años y por tanto, estas deben ser reconocidas.

Específicamente la 11065947 por \$845.350, la 11046971 por \$816.200, la 11030561 por \$816.200, 11016091 por \$816.200, al igual que la 11002011, que la 10987068, que la 10971065, la 10959047 por \$787.050, la 10942514 por \$845.350.

En ese sentido Señor Juez, es que se presenta únicamente el recurso de apelación. Muchas gracias.”

Seguridad Social en Salud – ADRES, y los presupuestos de los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 no eran operantes.

En ese sentido, dice, aunque no desconoce que en tales preceptos se estableció que el ADRES iba a administrar los recursos para financiar incapacidades superiores a 540 días, tal articulado quedó sujeto a la regulación que para el efecto realizara el Gobierno Nacional para la entrada en operación de dicha entidad, la cual solo empezó a funcionar el 1 de agosto de 2017 según el Decreto 1429 de ese año, y a partir de ese momento, se trasladan a cada EPS los recursos para financiar esas incapacidades a través de la UPC que según la Resolución 6411 de 2016 fijó un aumento del 0.3, a partir de 2017, para que las EPS financiaran las incapacidades superiores a los 540 días.

En consonancia con ello, concluye, los conceptos objeto de condena fueron causados con antelación a la regulación enunciada, por lo que no se encuentra obligada al reconocimiento de las incapacidades, como quiera que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no previó los recursos en tales calendas (Cd folio 364, récord 24:07 acta a folios 361 a 362)².

² “Señor Juez, con el mayor de los respetos me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de dictar en esta instancia, en tanto, considera mi representada que como bien se señaló en escrito de la contestación de la demanda por la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud Compensar EPS, no tiene la obligación legal de reconocer las incapacidades comprendidas entre el 29 de octubre de 2015 y el 19 de febrero de 2016, a las que fue condenada en tanto para dicha fecha no había entrado en operación la ADRES, y los presupuestos del artículo 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 no eran operantes.

Si bien mi representada no reconoce que en dichos artículos de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo de 2015, se creó la ADRES, y dentro del literal A del artículo 67, se planteó en que dicha entidad iba administrar los recursos para financiar las incapacidades superiores a 540 días. En dicha norma, en el mismo artículo se prevé que ello estará sujeto a la regulación que haga el Gobierno para la entrada en operación de la ADRES, y el Decreto 1429 de 2016, reguló la ADRES, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, previendo que entraba en operación el 1 de abril de ese año; sin embargo el Decreto 1429 de 2017, prorrogó la entrada de operación de la ADRES, para el 1 de agosto de 2017, es decir, que desde el 1 de agosto de 2017 es la ADRES quien dispone de dichos recursos y los administra y los traslada a cada EPS, a través del reconocimiento de la UPC para financiar las incapacidades superiores a 540 días.

Esto guarda plena correlación con la Resolución 6411 de 2016, la cual, estableció la UPC, es decir, la Unidad de Pago por Capitación que se paga a la EPS por cada afiliado, y a través de la cual, se reconoce las prestaciones asistenciales y económicas.

Esta Resolución que fijó la UPC para 2017, en su artículo 16, estableció que a partir de la entrada en operación de la ADRES, se iba a hacer un aumento del 0.3 de la UPC, para que las EPS, financiaran dichas incapacidades y como ya lo mencioné la entrada en operación de la ADRES, fue el 1 de agosto de 2017.

Y en ese sentido, en gracia de la verdad desde el 1 de agosto de 2017, mi representada ha recibido la UPC que ha girado la ADRES, con un aumento para el reconocimiento de incapacidades superiores a 540 días.

Así entonces, teniendo en cuenta, las incapacidades a las cuales se condena a mi representada fueron causadas previo a esta regulación y a esta disposición financiera del sistema, considera mi representada que

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 sociedad demandante las pretensiones relacionadas a folios 2 a 3, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 3 a 5; solicitando principalmente se declare que COMPENSAR EPS y/o la AFP PORVENIR, están obligadas a pagar a su favor las incapacidades continuas, expedidas a CLAUDIA MARCELA LÓPEZ LEAL entre el 5 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2016 debidamente indexados. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues dispuso el pago de las incapacidades causadas entre el 29 de octubre de 2015 y el 22 de enero de 2016, en un 50% del salario registrado en la EPS, debidamente indexado, a cargo de COMPENSAR, y absolvió a PORVENIR S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción. Lo anterior tras considerar que las incapacidades posteriores al día 540 están en cabeza exclusiva de la EPS, de conformidad con lo previsto en la Ley 1753 de 2015; sin embargo, como quiera que la reclamación se presentó el 9 de mayo de 2013 y la demanda se incoó solo hasta el 29 de octubre de 2018, había operado el fenómeno prescriptivo respecto de las incapacidades causadas en los 3 años anteriores a la radicación de la acción.

Conforme lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos en los puntos concretos 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*).

En ese orden, le corresponde a la Sala determinar sobre quién recae la obligación de pagar las incapacidades laborales causadas a favor de los trabajadores, definido lo cuál y de estar ésta en cabeza de la o las encartadas, se definirá sobre

no se encuentra en la obligación de dicho reconocimiento tanto el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no previó los recursos para dichas fechas.

En ese sentido pues interponemos el recurso de apelación para que sea considerada la decisión en segunda instancia. Muchas gracias."

qué periodos operó la prescripción y los montos que deben eventualmente ser cancelados a favor de la actora.

Preliminarmente advierte la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos:

- i) Que la señora CLAUDIA MARCELA LÓPEZ LEAL está vinculada mediante contrato de trabajo a la sociedad demandante.
- ii) Que HMV INGENIEROS LTDA canceló a CLAUDIA MARCELA LÓPEZ LEAL, las incapacidades causadas entre el 5 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2016 (folios 36 a 73 y 33 a 35)
- iii) Que CLAUDIA MARCELA LÓPEZ LEAL, está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS COMPENSAR, y en pensión, de la AFP PORVENIR S.A. (folio 255 y Cd folio 308)
- iv) Que las patologías que dieron origen a las incapacidades expedidas a favor de CLAUDIA MARCELA LÓPEZ LEAL, son de origen común, aspecto que además de no haber sido objeto de controversia, fue una conclusión a la que arribó el juez de primer grado sobre la que no se formuló reparo alguno.

Precisado lo anterior, se tiene que el subsidio por incapacidad laboral en razón de una enfermedad no profesional, contenido en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993³, constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, lo cual está en consonancia con los fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

A voces de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos

³ **“ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas (artículo 53 de la Carta Política)⁴.

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo surgido con posterioridad al mencionado artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependerá de la duración de la misma, así:

- Si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumido por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013⁵)
- Si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180⁶, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiéndose, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad⁷.
- A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por

⁴ Sentencias CC T-490-2015, reiterada en la CC T-140-2016 y citada en proveído CSJ STL16504-2016, reiteradas en la SL1243 de 2020.

⁵ Artículo compilado en el Artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 “**ARTÍCULO 1.** Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”

⁶ Ello en los términos del parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

⁷ Artículo 13 de la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998, “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de los Seguros Sociales.”: “Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.”

la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).

En este punto es importante anotar que la EPS debe examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación, el cual debe ser enviado a la administradora de fondo de pensiones antes del día 150 de incapacidad, según lo prevé el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, de no cumplirse con dicha carga, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181 y subsistirá la obligación a su cargo hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

- Con relación a las incapacidades causadas después del día 540, señala la Sala, no existía en el ordenamiento jurídico norma que previera su pago a cargo de una de las entidades del sistema general de seguridad social, esto quiere decir que existía un vacío legal respecto del reconocimiento y pago de incapacidades por origen común generadas en favor del afiliado con posterioridad al día 540, cuando había una calificación inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral, como ocurre en el caso de autos⁸.

Ahora bien, aunque en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 se previó la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES, que tendría, entre otras muchas funciones, el pago a las respectivas EPS “[...] por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**”, lo cierto es que esta disposición en manera alguna suplió la falencia normativa advertida, como quiera que su entrada en operación estaba supeditada a la reglamentación que para el efecto expediera el gobierno nacional, es decir, no fue a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 que las EPS asumieron la obligación de pagar las incapacidades superiores a 540 días, pues para ello se requeriría no solo la regulación emanada del ejecutivo, sino además, de los recursos que trasladara la nueva entidad a las EPS para financiar este tipo de prestación económica. De acuerdo a lo previsto en el artículo 21 del

⁸ La trabajadora fue calificada con un 18,55% de PCL (folio 44).

Decreto 1429 de 2016, modificado por el Decreto 546 de 2017, la ADRES entró en operación a partir del 1 de agosto de 2017.

Debe decirse además, solo hasta la expedición del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018, se reglamentó lo atinente al pago de las incapacidades superiores a 540 días, estableciendo la obligación a cargo de las EPS. Así, en el artículo 2.2.3.3.1 se dispuso:

“Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.*

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).”

No obstante lo anterior, en el artículo 6⁹ de la Resolución 6411 de 2016 *“Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017 y se dictan otras disposiciones”*, se fijó el 0,35% del Ingreso Base de Cotización con el fin de garantizar el pago de incapacidad general a los afiliados cotizantes con derecho, porcentaje que incrementaría al 0,38% a la entrada en operación de la ADRES, lo que, de acuerdo a lo referido por COMPENSAR en su contestación (folios 247 y 248) significó un aumento de la UPC para efectuar los pagos de las incapacidades superiores a 540 días, aunque tal precisión no quedo dicha en la norma aludida.

⁹ *“Artículo 6. Para garantizar el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general a los afiliados cotizantes con derecho, se fija en forma transitoria, el 0,35% del Ingreso Base de Cotización, hasta tanto entre en operación la entidad Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud —ADRES, valor que incluye lo correspondiente a los aportes de los trabajadores independientes que debe asumir la EPS con base en lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 3. 2. 1. 10 del Decreto 780 de 2016 la norma que lo modifique o sustituya. Una vez inicie el ejercicio dicha entidad este porcentaje aumentara a 0,38%.”*

En consonancia con lo hasta aquí analizado, solo hasta el 27 de julio de 2018 se eliminó el vacío jurídico existente y se estableció a cargo de las EPS la obligación de asumir el pago de las incapacidades superiores a 540 días, pese a que en sentir de la demandada con el incremento de la UPC para el año 2017 y la entrada en operación de la ADRES en agosto de ese año entendió asumida dicha competencia.

Así, las incapacidades superiores a 540 días, causadas antes de la fecha antes anotada, no están en cabeza de ninguna de las entidades del sistema general de seguridad social y por tanto, deben ser asumidas directamente por el empleador. En esos términos lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5411 de 2019 en la que indicó:

“(...) Lo anterior quiere decir que, en efecto, existía un vacío legal respecto del reconocimiento y pago de incapacidades por origen común generadas en favor del afiliado con posterioridad al día 540, cuando existía una calificación inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral.

Ello impide que se asigne la responsabilidad a la AFP y se radique en cabeza del empleador, comoquiera que, ante la citada ausencia de cobertura, el riesgo subrogado por aquel a través de la afiliación y pago del aporte al Sistema de Seguridad Social Integral se agota y las prestaciones económicas asociadas al riesgo de enfermedad general, en virtud de la relación de trabajo, regresan a él.”

Descendiendo al caso de autos, y atendiendo las inconformidades de los recurrentes, la Sala adentrara su estudio únicamente frente a las incapacidades identificadas con los números 11046971, 11030561, 11016091, 11002011, 10987068, 10971065, 10959047, 10942514, emitidas entre el 21 de marzo y el 5 de septiembre de 2015, respecto de las cuales la demandante considera no operó el fenómeno prescriptivo y las expedidas por COMPENSAR entre el 29 de octubre de 2015 y el 22 de enero de 2016 a favor de CLAUDIA MARCELA LOPEZ LEAL identificadas con los números 11065947, 11082156, 11098549, 11113905 y 11127147, que fueron objeto de condena por el juez de primer grado.

Precisado ello, se advierte, las incapacidades número 10942514, 10959047, 10971065, 10987068, 11002011, 11016091 y 11030561, (folio 264) corresponden a los días 353 a 520, habiéndose completado los 540 días ininterrumpidos el 26 de septiembre de 2015, esto es, en vigencia de la incapacidad 11046971 (folio 264),

lo cual en principio, impondría en cabeza de la AFP PORVENIR el pago de las mismas; sin embargo, no debe olvidarse que para que el fondo de pensiones asuma el pago de las incapacidades posteriores al día 180 se requiere que la EPS haya expedido el concepto de rehabilitación a favor del afiliado, situación que en el examine solo ocurrió el 25 de junio de 2015 (folios 268 y 269) el cual se comunicó a la AFP PORVENIR el 8 de julio de 2015 (folio 267), y en ese sentido hasta esa fecha -8 de julio de 2015- la obligada a asumir el pago de las incapacidades es la EPS COMPENSAR, dada la omisión en la emisión del mencionado concepto de rehabilitación el que debió elaborar antes del 1 de agosto de 2014 cuando la afiliada completó los 120 días de incapacidad continua por el diagnóstico M778 (folio 265).

En ese orden, las incapacidades generadas entre el 9 de julio (día siguiente a la radicación del concepto de rehabilitación) y el 26 de septiembre de 2015 (día 540) (folio 264) están a cargo de la AFP PORVENIR.

Frente a las incapacidades expedidas por COMPENSAR después del 27 de septiembre de 2015 y hasta el 22 de enero de 2016 a favor de CLAUDIA MARCELA LOPEZ LEAL identificadas con los números 11046971, 11065947, 11082156, 11098549, 11113905 y 11127147, según la relación de folios 261 a 266, se tiene que estas son posteriores al día 540 (corresponden al día 577 a 688), mismas que conforme quedó analizado en precedencia y como quiera que son anteriores a la expedición del Decreto 1333 de 2018, corren a cargo del empleador, de allí que no proceda el recobro de estas frente al sistema general de seguridad social, lo que impone la revocatoria de la sentencia apelada en este punto.

Establecido lo anterior, con antelación a definir las cuantías de las incapacidades a cargo de las entidades del sistema, procede la Sala al estudio de la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por las encartadas (folios 241 y 303)¹⁰.

En materia laboral, los derechos no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse caudado, así lo dispuso el artículo 488 del C.S.T al preceptuar:

¹⁰ Las contestaciones fueron admitidas por auto del 16 de julio de 2019 (folio 310), y la excepción previa propuesta por COMPENSAR fue aplazada para el fondo del asunto en audiencia celebrada el 19 de septiembre de 2019.

“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”

En iguales términos se refiere el artículo 151 del C.P.T y la S.S., el que en su tenor literal dispone:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Ahora bien, según el artículo 489 del C.S.T, la prescripción se interrumpe como consecuencia del reclamo que por escrito se realice, la que se puede dar por una sola vez, restableciendo los términos para que opere dicho fenómeno, es decir, empiezan a contar de nuevo los tres años. En este punto es importante anotar que para prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas incapacidades que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno prescriptivo una vez superado tanto el lapso de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos.

Así mismo debe tenerse en cuenta, al tenor del artículo 28 del Ley 1438 de 2011¹¹, el término trienal de prescripción, para solicitar el reembolso del valor de las prestaciones económicas, se cuenta a partir de la fecha en que este hizo el pago al trabajador.

En el caso de marras, se tiene que, ante la AFP PORVENIR la demandante HMV INGENIEROS elevó reclamación el 13 de marzo de 2018 (folio 122 a 126) solicitando el pago de las incapacidades Nos. 11002011, 11016091, 11030561 y 11046971, causadas dentro del periodo comprendido entre el 9 de julio y el 26 de septiembre de 2015, mismas que fueron canceladas por el empleador según se infiere de los comprobantes de nómina en el mismo mes de causación (febrero a septiembre de 2015, folios 62 a 69) las cuales como se expuso están a cargo de esa administradora de pensiones, siendo incoada la demanda el 29 de octubre de

¹¹ ARTÍCULO 28°. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOUCITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. a derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

2018 (folio 208) y en ese sentido tales periodos no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, pues el mismo operó frente a las incapacidades pagadas en los 3 años anteriores a la reclamación -13 de marzo de 2015-, en esa medida procede el pago de las mismas, debiendo revocarse la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a la AFP.

De otra parte, frente a la obligación en cabeza de COMPENSAR, se observa que la reclamación ante esta entidad se presentó el 16 de agosto de 2018 (folios 172 a 178) misma que no contempló las incapacidades comprendidas entre el 21 de marzo 8 de julio de 2015 y que fueran pagadas en ese mismo periodo (folios 63 a 69), por lo que, habiéndose presentado la demanda el 29 de octubre de 2018 (folio 208) es claro que operó la prescripción con relación a las incapacidades que estaban en cabeza de la EPS según el análisis hecho por la Sala.

Conforme tales consideraciones, y atendiendo lo previsto en el artículo 227 del C.S.T. así como el IBC reportado ante la administradora de pensiones (Folios , se dispondrá que la AFP PORVENIR cancele a favor de la demandante la suma de \$1.894.750, que se discriminan así:

Incapacidad No.	Inicio	Fin	Total días incapacidad	Días a cargo de la AFP	IBC	Valor a pagar
11002011	13/06/2015	10/07/2015	28	1	\$1.749.000	\$29.150
11016091	11/07/2015	07/08/2015	28	28	\$1.749.000	\$816.200
11030561	08/08/2015	04/09/2015	28	28	\$1.749.000	\$816.200
11046971	05/09/2015	02/10/2015	28	8	\$1.749.000	\$233.200
TOTAL A PAGAR AFP PORVENIR S.A.						\$1.894.750

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por las recurrentes en la alzada, procediendo a la revocatoria parcial de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a COMPENSAR de las órdenes dadas y condenar a la AFP PORVENIR a pagar a favor de la demandante las incapacidades recobradas que no están afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo únicamente de la demandada PORVENIR S.A.

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: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a las COMPENSAR E.P.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la sociedad HMV INGENIEROS LTDA.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la AFP PORVENIR a pagar a favor de la demandante HMV INGENIEROS LTDA la suma de **\$1.894.750** por las incapacidades causadas entre el 9 de julio y el 26 de septiembre de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo únicamente de la demandada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSÉ BERNARDO MONTOYA ARBELÁEZ CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (RAD. 06 2018 00744 01).

Bogotá D.C., treinta (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Abstenerse de aceptar la renuncia presentada por el abogado FREDY BLADIMIR VANEGAS LADINO al poder conferido por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (folios 111 y 112), por cuanto quien funge actualmente como apoderada de dicha entidad es la abogada VIVIANA ANDREA ORTÍZ FAJARDO (folio 89), por lo que en los términos del artículo 76 del C.G.P, el mandato conferido al Dr. VANEGAS se entendió revocado el 28 de febrero de 2020, esto es, cuando se designó a la nueva apoderada (folios 88 y 89)

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandado FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión recurso de apelación presentado por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez

Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2020 (Cd folio 110, récord 20:51 acta a folio 108) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la entidad accionada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

COSTAS a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, refiriendo, en síntesis, la pensión plena u ordinaria de jubilación goza de la prerrogativa constitucional a ser indexada, pues su reconocimiento se originó con posterioridad a la fecha en que se produjo el retiro efectivo del servicio, sufriendo la pérdida del poder adquisitivo a la data en que el actor cumplió los 50 años de edad.

Manifiesta igualmente, el valor que representa la diferencia entre el monto porcentual de pensión proporcional inicial y el 75% como porcentaje de la pensión plena u ordinaria de jubilación tiene un poder adquisitivo muy diferente e inferior para la fecha de retiro frente al valor que se causa para la calenda en que se acreditan los requisitos para acceder a la prestación plena¹ (Cd folio 110, récord 22:45 acta a folio 108).

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 JOSÉ BERNARDO MONTOYA ARBELAEZ, las pretensiones relacionadas a folio 5, las cuales encuentran

¹ “El derecho a disfrutar una pensión plena u ordinaria de jubilación es un beneficio prestacional que goza de la prerrogativa y debida protección constitucional de ser indexada, debido que su valor fue reconocido con posterioridad al retiro definitivo y también padece inexorablemente la consecuencia de la depreciación o pérdida del poder adquisitivo en virtud del transcurso del tiempo y en consideración además a que precisamente el beneficiario de este derecho debe esperar un lapso de tiempo para el acaecimiento de una edad con los requisitos para que se pueda beneficiar de este derecho y por lo tanto esta suma o valor que representa la diferencia entre el monto porcentual de pensión proporcional inicial y el 75% como porcentaje de la pensión plena u ordinaria de jubilación tiene un valor y un poder adquisitivo muy diferente e inferior para la fecha de retiro frente al valor que se causa para la fecha en la que se complementan los 50 años de edad, precisamente para acceder a la pensión ordinaria o plena de jubilación del 75% que se liquida sobre el último salario promedio devengado durante los últimos 6 meses de servicio, eso no se tuvo en cuenta y es lo que se está reclamando.”

sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 y 4, aspirando se reconozca y pague a su favor la indexación de la pensión plena de jubilación, con efectividad a partir del 25 de mayo de 1994, con los respectivos reajustes anuales pertinentes. En consecuencia, se cancelen las diferencias pensionales causadas en virtud de la actualización de la prestación, inclusive respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, desde la fecha de causación del derecho y hasta que se incluya en nómina de pensionados el nuevo valor pensional. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a las aspiraciones** tras considerarse que la pensión de jubilación proporcional y la plena de jubilación se tratan de una misma prestación, y en ese orden solo se reajusta su valor, a más que tampoco transcurrió tiempo entre la fecha del retiro y la de reconocimiento de la pensión proporcional de jubilación que diera lugar a la depreciación del salario.

De este modo ha de advertirse, no es motivo de discusión dentro del presente juicio, la calidad de pensionado que ostenta el actor, habiéndosele concedido inicialmente la pensión especial proporcional mediante Resolución No. 1903 del 27 de noviembre de 1989 (fls. 11 y 12) una vez feneció el nexo contractual laboral que lo fue el 26 de noviembre de 1989 (folio 18²), para con posterioridad, al arribar a la edad de los 50 años, otorgársele la pensión plena de jubilación, en acto administrativo No. 4391 del 28 de octubre de 1994 (folios 20 y 21), todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 5^o del Decreto 1590 de 1989³, en

² Es la fecha de terminación del vínculo laboral que figura en la liquidación de cesantías definitiva (folio 18) y resulta consistente con la fecha de efectividad que se consignó en la liquidación de la pensión (folio 19).

³ *ARTÍCULO 5o. <Ver Resumen de Notas de Vigencia> Los empleados oficiales de la Empresa que a la fecha de publicación del decreto de liquidación o durante el término de la misma, tuvieren edad de cincuenta y cinco (55) años o más, los hombres, y cincuenta (50) años o más, las mujeres, y tiempo de servicio igual o superior a veinte (20) años en el sector público o privado y no menos de diez (10) años, continuos o discontinuos en la Empresa, tendrán derecho a la pensión plena de jubilación.*

Así mismo, los empleados públicos que a la fecha de publicación del Decreto de liquidación tuvieren veinte (20) años o más de servicios a la Empresa tendrán derecho, sin consideración a la edad, a pensión de jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:

a) Veinte (20) años, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio;

b) Veintiún (21) años, sesenta y cinco por ciento (65 %) del salario promedio;

c) Veintidós (22) años, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio;

d) Veintitrés (23) años, sesenta y siete por ciento (67%) del salario promedio;

e) Veinticuatro (24) años, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio y así sucesivamente, sin sobrepasar del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio el valor de la pensión.

Es entendido que el empleado que se pensione acogido a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, con los reajustes anuales pertinentes, al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres, y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

Para los efectos de la pensión jubilación por aportes, establecida por la Ley 71 de 1988, el tiempo de servicio a la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia será computado sin consideración a la restricción contenida en el artículo 21 del Decreto reglamentario 1160 de junio 2 de 1989.

concordancia con el artículo 7 del Decreto 895 de 1991⁴, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991⁵, coligiendo la Sala, de acuerdo al texto de tal normatividad y tal como se consideró en primera instancia, que se trata de la misma pensión y no de dos pensiones diferentes.

Así pues, tratándose de igual prestación, advierte la Sala, conforme a los hechos de la demanda (fl. 3 y 4) y de acuerdo con las documentales incorporadas al plenario, al demandante le fue reconocido su derecho pensional a partir del día siguiente al retiro de la entidad (27 de noviembre de 1989).

El Fondo que se cree en virtud de los artículos 7o. y 8o. de la Ley 21 de 1988 tendrá derecho a repetir contra las respectivas entidades para el cobro de las cuotas partes pensionales que se deriven del reconocimiento de estas pensiones especiales; así mismo, responderá por el pago de las que le correspondiere por razón del tiempo servido a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

⁴ Debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Decreto 895 de 1991 estableció que “Las disposiciones de los Decretos 1586 de 1989 y 1590 de 1989 se aplicarán en lo que no fueren contrarias a las normas aquí establecidas.”, advirtiendo esta nueva disposición previó que la pensión plena se otorgaría a los trabajadores una vez cumplidos los 50 años de edad, independientemente de si era hombre o mujer, siendo esto mas favorable y que fue en últimas, la edad que se tuvo en cuenta en el caso del demandante para el otorgamiento de la prestación.

⁵ “**Artículo 3º**La pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 7º del Decreto extraordinario 895 de 1991, quedará así:

- a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.
- b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.
- c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.
- d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.
- e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.
- f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.
- g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.
- h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.
- i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.
- j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.
- k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

Parágrafo. *Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años.”*

Téngase en cuenta que si bien en Sentencia SL 736-2013 del 16 de octubre de 2013, proferida por la Sala de Casación laboral de la Corte suprema de Justicia, dentro de la Radicación No. 47709, se concluyó la necesidad de reconsiderar su orientación y retomar la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a 1999, aceptando que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, aún las causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, en relación con la indexación de la pensión plena reconocida al actor, al momento de cumplir la edad de 50 años (folio 20 y 21), es de recordar, tal fenómeno se traduce en una medida con la cual se busca que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda a la cual se encuentra sujeta cualquier suma de dinero, no vaya en detrimento del derecho que, para el caso que se estudia, fue otorgado al demandante con el reconocimiento de su pensión.

No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, la entidad demandada procedió conforme a derecho al momento de reconocer el porcentaje adicional al pensionado al cumplimiento de la edad de 50 años, ello por cuanto, según lo establecido en el Decreto 895 de 1991, modificado por el Decreto 1051 de 1991 - vigentes al momento en que se reconoció la pensión plena: *“El empleado que se pensione acogiendo a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, **con los reajustes anuales pertinentes** al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres”* (Negrilla de la Sala).

En este punto es menester reiterar, conforme al texto del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la pensión especial al demandante Resolución No. 1903 de 27 de noviembre de 1989 (fls. 11 y 12), ésta lo fue a partir de la fecha del retiro del demandante (efectiva en la misma fecha del acto administrativo, folio 19), por lo que es claro que no transcurrió término alguno respecto del cual pudiera predicarse pérdida del poder adquisitivo de la moneda del promedio salarial tomado como base para su liquidación, tal como lo anotó la juez de primer grado.

Igualmente, al momento de adquirir el demandante el derecho a percibir la pensión plena de jubilación, la enjuiciada calculó el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis meses, y le aplicó los reajustes legales anuales, de acuerdo a lo

dispuesto por el gobierno nacional, y dando aplicación a la norma citada en precedencia; de tal manera, al haber sido actualizada la suma de acuerdo a los porcentajes legales anualmente dispuestos por el Gobierno Nacional a efecto mantener su poder adquisitivo, disponer su indexación ahora constituiría una nueva actualización, a todas luces improcedente, ello implicaría que todas las pensiones que han sido reajustadas anualmente, requirieran ser indexadas aplicando la fórmula utilizada para el cálculo de la primera mesada pensional, lo cual no ocurre en este caso, pues se trata de la misma pensión, se itera, incrementada al 75%, a la cual se le aplican los reajustes legales, mecanismo previsto por el legislador para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

A la anterior conclusión se arriba, una vez revisados los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso el reconocimiento de la pensión especial y con posterioridad la plena, tal como a continuación se pasa a verificar:

- Último salario promedio \$115.111,56 (fl. 19)
- Pensión de Jubilación especial 64% (fl. 19): \$73.671 (Efectiva a partir del 27 de noviembre de 1989).
- Pensión Plena de Jubilación 75%: $\$115.111,56 \times 75\% = \86.333 (Efectiva a partir del 6 de diciembre de 1994 -folio 22 vto. concordante con el numeral primero de la Resolución 4391 de 28 de octubre de 1994 -folio 21-).
- Valor reconocido: \$261.710,05 (fls. 20 y 21).

Año	Reajustes Legales	Pensión Especial 64%	Pensión Plena 75%
1989		\$ 73.671	\$ 86.333
1990	26,06%		\$ 108.831
1991	26,06%		\$ 137.192
1992	26%		\$ 172.861
1993	25,03%		\$ 216.129
1994	21,09%		\$ 261.710

Así las cosas, como ha quedado evidenciado, la accionada procedió conforme a los lineamientos determinados en la normatividad aplicable al caso de autos, para el caso del demandante, en cuanto al tratarse de una sola pensión, a la especial reconocida inicialmente, se le efectuaron los reajustes legales anuales

correspondientes, lo que impide darle crédito a los hechos en el que se soportaban las pretensiones, de tal suerte, no hay lugar a acceder a la indexación deprecada por el demandante, procediendo la confirmación de la sentencia consultada.

COSTAS en esta instancia 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael
RAFAEL MORENO VARGAS

Diego
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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JESUS ANTONIO DAZA
CRUZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 06 2018 00269 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. 303924 del C.S.J, como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder allegado a las diligencias vía correo electrónico visible a folio 81 vto.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de 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 del demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2020 (Cd. fl. 75, audio 2, record 17:09 acta a folio 73), en la que se resolvió:

“ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SIN COSTAS en sede de esta instancia.”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la decisión de primer grado manifestando el señor JESUS ANTONIO DAZA cumple con los requisitos señalados en el artículo 21 y 22 del acuerdo 049 de 1990 tales como la convivencia, la dependencia económica y la no separación por parte de su compañera permanente, indicando se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad y el del in dubio pro operario. (Cd. fol. 75, audio 2, record: 17:29)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 del demandante, señor JESUS ANTONIO DAZA CRUZ, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 6 y 7, encaminadas a obtener el reconocimiento y pago del incremento del 14% por su compañera permanente y el 7% por sus hijos Ángela Patricia y Carlos Javier Daza Bello desde el 1° de julio del 2006 debidamente indexados y con los correspondientes intereses moratorios, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que conforme el nuevo criterio expuesto por la Corte

¹ “Conforme a su pronunciamiento su señoría, solicito recurso de apelación frente a su fallo proferido, para que así los señores magistrados del tribunal superior sala laboral de Bogotá modifiquen o revoquen el presente fallo por las siguientes consideraciones.

El señor JESUS ANTONIO DAZA cumple con los requisitos aquí expuestos del artículo 21 y 22 del acuerdo 049 decretado por el decreto 758 de 1990 como es la convivencia, la dependencia económica y la no separación por parte de su compañera permanente. También solicito se tenga en cuenta el principio de favorabilidad el cual se debe tener en cuenta con respecto a la parte débil que es la parte demandante y el principio in dubio pro operario. Señores magistrados, solicito se revoque esta decisión conforme a los argumentos aquí dados por la parte demandante. Muchas gracias.”

Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, los incrementos pensionales solicitados perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, y en esa medida como quiera que el actor no alcanzo los requisitos legales para el reconocimiento de los incrementos antes del 1 de abril de 1994, no hay lugar a imponer en condena.

Establecido lo anterior, previo a abordar el estudio de fondo, ha de señalarse, no fue motivo de controversia la calidad de pensionado ostentada por el demandante, tal como puede verificarse con la Resolución No. 027227 del 30 de junio del 2006 (fol. 18), mediante la cual se le reconoció pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición, y aplicando concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, concediendo la prestación a partir del 1° de julio del 2006, en cuantía inicial de \$541.282.

Pues bien procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 *“por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990 -, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por la compañera permanente e hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que contrario a lo afirmado en primera instancia conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007², 32381 del 24

² *“En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime*

de febrero de 2009³, SL1975 de 9 de mayo de 2018 radicación 51706⁴ y SL 2955 del 31 de julio del 2019 radicado 70041⁵, y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁶, acogíendose la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10^o de la Ley 153 de 1887⁷, persuasiva por provenir del máximo ente

que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

³ “En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”

⁴ “Ahora bien, en el punto específico objeto de reproche que aduce el promotor de la revisión, con fundamento en que las normas que consagraban los incrementos de las pensiones por personas a cargo fueron derogadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, y por ende, se produjo la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, debe precisar la Sala que ninguna razón le asiste al accionante, en la medida en que tales acrecentamientos mantuvieron su plena vigencia aun después de ser expedida la citada ley.

En efecto, en torno al aspecto referido con precedencia, ya esta Corporación en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida ley, para lo cual pueden consultarse las sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.”

⁵ “Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).”

⁶ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

⁷ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de

rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor del demandante por la señora **LUZ MERY BELLO LASSO**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, aspectos que procede la Sala a verificar.

Precisándose respecto del 7% solicitado en la demanda por **CARLOS JAVIER y ANGELA PATRICIA DAZA BELLO**, es necesario demostrar la calidad de hijos del pensionado y de igual manera que dependan económicamente de su progenitor, sin embargo frente a su absolución nada se dijo en el recurso de alzada, advirtiéndose solo en gracia de la discusión si bien a folios 19 y 20 obran los registros civiles de nacimiento donde se constata que en efecto son hijos del señor Jesús Antonio Daza Cruz y se allegaron sus certificados de escolaridad (fls. 23 y 24), respecto del requisito de dependencia económica ninguna prueba se adoso a los autos.

Ahora en relación con la calidad de compañera permanente y dependencia económica de la señora **LUZ MERY BELLO LASSO** punto de apelación por parte del extremo actor, se recibió como prueba testimonial las manifestaciones de la señora **SONIA PATRICIA GUARIN**⁸ amiga y vecina del actor, quien indicó que la señora Luz Mery Bello es la compañera del demandante desde hace más de 14 años, lo cual sabe por su relación de amistad, afirmando que la compañera del actor no cuenta con ingresos propios ni realiza actividades que puedan generar los mismos, además de no encontrarse pensionada, ni recibir subsidios por parte del estado, igualmente señaló que quien responde por los gastos del hogar es el demandante en su calidad de pensionado, lo cual le consta dado que en varias ocasiones la testigo lo ha acompañado a retirar el dinero de su mesada y ha

derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

⁸ Cd. fol. 51, record: 5:34

presenciado como la esposa le pide dinero para pagar los recibos del servicio público y para comprar el mercado, señalando igualmente que la pareja tiene tres hijos (Ángela, David y Carlos).

Respecto de esta declaración, es menester señalar, goza de total credibilidad y da certeza para esta Sala de decisión dado que sus afirmaciones fueron claras, precisas, espontáneas y les consta de manera directa los hechos narrados en razón del grado de amistad y vecindad que los ata con la pareja de compañeros.

Por otro lado y si bien como prueba documental se aportó a folio 26 una impresión información generada por el ADRES en la cual se indica que la señora LUZ MERY BELLO LASSO se encuentra afiliada al sistema de salud en calidad de beneficiaria, no se indica quien es el cotizante, por ende no puede ser tomada en cuenta por esta Corporación.

Sin embargo de lo expuesto por la testigo, luce evidente que la compañera del accionante, depende económicamente de éste, entonces, si de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el derecho a los incrementos de que trata el artículo 21 de ese cuerpo normativo *“subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”*, y en ese orden de ideas, para acceder a dicho beneficio se requiere, según dispone el artículo 21 ibídem, que la compañera dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna y si para el asunto en concreto una y otra cosa se configuraban desde el momento a partir del cual le fue reconocido el derecho pensional del demandante, debe entenderse que en esa época nació a la vida jurídica el derecho al incremento acá discutido, debiendo ser reconocido desde dicha data.

No obstante, previo a abordar el estudio de la fecha a partir de la cual sería procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales y su cuantía, entra la Sala a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la traída a juicio⁹.

⁹ Desde la contestación de la demanda (fls.48 y 49) la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 21 de agosto de 2019 (fol. 65).

Al respecto, debe señalarse de antemano, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término referido.

De esta manera, se estimó en Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012¹⁰ y recientemente en la SL-01585 de 2015 radicado 45197, criterio que incluso de acompasa con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019.

Bajo la premisa anterior, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional se realizó a través de Resolución No. 027227 del 30 de junio del 2006 (fl. 18), presentando el actor reclamación administrativa tan solo hasta el 19 de febrero del 2018 (fl. 12), es decir, entre la fecha de exigibilidad del derecho y la data de su reclamación, se superó con suficiencia el término trienal previsto para la operatividad de la prescripción conforme el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S. y, en esa medida, el derecho a los incrementos pensionales se extinguió, ante la falta de reclamación oportuna de los mismos, dentro del lapso consagrado por la normatividad laboral, debiendo en consecuencia confirmarse la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado por las razones expuestas

¹⁰ “...la calidad del pensionado es permanente y vitalicia, y es en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Pero igualmente ha precisado que, una es esa condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y otra diferente la constituyen los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, **pues estos últimos sí prescriben**, en criterio de la Corte, según los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”, y agrega: “...es entonces razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción. Ello al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.

por esta Sala de decisión, en cuanto a que la decisión absolutoria deriva de haberse declarado probada la excepción de prescripción.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 6° Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones expuestas por esta Sala de decisión, en cuanto a que la absolución deriva de haberse declarado **probada la excepción de prescripción**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE RAFAEL MARDINI
LOPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 05 2019 00215 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por únicamente por COLPENSIONES (fl. 69), 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 grado jurisdiccional de consulta en favor del extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2020 (Cd. fl. 60, record 21:29, acta a folios 61 a 64), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor JOSE RAFAEL MARDINI LOPEZ.

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.

CUARTO: En caso que el presente fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

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

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JOSE RAFAEL MARDINI

LOPEZ, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 3 y 4, encaminadas de manera principal a obtener el reconocimiento y pago debidamente indexado del incremento pensional del 14% y 7%, desde el momento en que adquirió su estatus pensional y hasta que subsista el derecho, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, costas y gastos procesales, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable,** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que conforme el nuevo criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, los incrementos pensionales solicitados perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, y en esa medida como quiera que el actor no alcanzo los requisitos legales para el reconocimiento de los incrementos antes del 1 de abril de 1994, no hay lugar a imponer en condena, señalando igualmente que solo en gracia de la discusión no se acreditó la dependencia económica ni de la esposa ni del hijo del accionante y además se encuentran prescritos tales incrementos pues se superó el lapso trienal desde el reconocimiento del derecho pensional a su reclamo.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración por vía de consulta, ha de señalarse, no fue motivo de controversia la calidad de pensionado ostentada por el demandante, tal como puede verificarse con la Resolución No. 053210 del 29 de octubre de 2008 (fl. 10), mediante la cual se le reconoció pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición, siendo aplicado concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, concediendo la prestación a partir del 01 de noviembre de 2008, en cuantía inicial de \$1.080.679, la cual fue reliquidada en suma de \$1.345.333 a partir del 30 de enero del 2014 por Resolución GNR 1134 del 16 de febrero del 2017, conforme se extrae del contenido del acto administrativo SUB 222086 del 25 de agosto del 2018 (fl. 16).

Pues bien procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 *“por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990 -, norma esta que consagra en su artículo 21 el

incremento de la prestación pensional por la cónyuge e hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que contrario a lo afirmado en primera instancia conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007¹, 32381 del 24 de febrero de 2009², y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial³, acogiéndose la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10^o de la Ley 153 de 1887⁴, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la

¹ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

² “En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”

³ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

⁴ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor del demandante por la señora **GEORGINA ISABEL GRASSIANI**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna y respecto del 7% por **JOHAN ALBERTO MARDINI MENDOZA**, es necesario demostrar la calidad de hijo del pensionado y de igual manera que depende económicamente de su progenitor, aspectos que procede la Sala a verificar.

El primer requisito, esto es, la calidad de cónyuge e hijo, queda acreditado con la copia del registro civil de matrimonio que milita a folio 29, donde se evidencia que el demandante y la señora GEORGINA ISABEL GRACIANI VEGA, contrajeron nupcias por el rito católico el día 22 marzo de 1975, sin que en el mismo se observe nota de cesación de los efectos civiles del mismo, igualmente se aportó copia del registro civil de nacimiento de JOHAN ALBERTO MARDINI MENDOZA (fl. 30) donde se constata que en efecto es hijo del señor José Rafael Mardini López y también se arrió certificado de escolaridad del 22 de enero del 2018.

Ahora bien, frente a lo segundo, esto es, la dependencia económica, en el elenco probatorio se encuentran los testimonios vertidos por YAQUELINNE REYES TORRES⁵ y GLADYS RIVERA⁶ amigas del demandante por ser compañeras de labores en el IDR, quienes coincidieron en indicar que no conocen a la esposa del actor, razón por la cual su conocimiento deviene de los comentarios que éste les proporciona, tan solo saben que el estado civil del accionante es casado, manifestando la señora Reyes Torres que la cónyuge del actor reside en Cartagena y que éste le hace giros mensuales de dinero, sin embargo comenta no haber compartido con la pareja ni visitarlos en su casa.

⁵ Cd. fol. 60, record: 7:56

⁶ Cd. fol. 60, record: 10:50

Pues bien, de entrada debe señalarse que a juicio de esta Sala decisión tal y como lo señaló el Juez *a quo* en la parte motiva de su providencia, en el caso de marras no se acreditó la dependencia económica de la señora GEORGINA ISABEL GRASSIANI respecto de su cónyuge señor JOSE RAFAEL MARDINI LOPEZ ni tampoco la de su hijo JOHAN ALBERTO MARDINI MENDOZA, por cuanto las pruebas arrojadas el proceso no permiten concluir de manera fehaciente, la referida dependencia, nótese que los testigos expresaron no conocer a la esposa del actor ni mencionaron nada sobre su hijo, por lo que se pueden catalogar como unos testigos de oídas que lo único que conocen es lo que le ha referido el accionante.

Así las cosas, se trata pues del tema de las cargas, respecto del cual conviene recordar que no se trata de obligaciones que se deban exigir, sino que son actividades procesales, que deben llevar a cabo las partes para no verse perjudicadas a lo largo del proceso. La carga de la prueba es una de ellas, es decir, si no se cumple la actividad probatoria sobrevienen consecuencias desfavorables.

De este modo, conforme a los artículos 1757⁷ del C.C. y 167⁸ del C. G del P. por regla general sobre cada parte pesa la carga de probar sus afirmaciones; ya sea que en ellas se funde su acción o su defensa, pues quien invoca la aplicación de una norma que lo favorece, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto persigue.

Correspondía entonces al demandante, en primer término aportar pruebas de sus afirmaciones, máxime si se trata del requisito esencial para la procedencia de sus anhelos ya que es la parte actora y no su contraparte quien tiene interés jurídico en que resultaren probados los hechos de la demanda, quedando expuesto a lo que Carnelutti llama "*el riesgo de falta de la prueba*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*", en cuanto por ningún medio logra acreditar la dependencia económica de su consorte ni de su hijo.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado, pero por las razones expuestas por esta Sala de decisión, en cuanto a que la decisión absolutoria deriva de no haberse

⁷ "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*"

⁸ "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

acreditado la dependencia económica exigida por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAROLINA ALCIRA
BOHORQUEZ ESPAÑOL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 05 2019 00195 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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 presentado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de mayo del 2020 (Conforme al audio que se encuentra en el expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES A pagar a la señora Carolina Alsina Bohórquez Español la suma de \$27.234.636 por concepto de indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de mayo de 2020 y como IPC final el del mes en que se efectúe su pago.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada, inclúyase en la liquidación de costas la suma de \$1,500.000 valor en que se estiman las agencias en derecho a cargo de la demandada.

TERCERO: En caso que el presente fallo no fuera apelado **CONSULTESE** con el superior a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, manifestando ser improcedente acceder a la prestación solicitada

por cuanto la demandante ya se encuentra percibiendo una prestación pensional, esto es una pensión de jubilación reconocida por el magisterio y dicha prestación es incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que aquí se pretende, conforme al artículo 128 de la constitución política en concordancia con el artículo 19 de la ley 4 de 1992, precisando igualmente existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación que percibe la demandante con la prestación solicitada puesto que ya se han tenido en cuenta dichas semanas para el reconocimiento y pago de la misma y por ende expresa no podrían ser tenidas en cuenta para una indemnización sustitutiva, además de que ambas prestaciones cubren el mismo riesgo¹ (Record: 20:34, audio expediente digital).

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 CAROLINA ALCIRA BOHORQUEZ ESPAÑOL, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 3, solicitando se declare tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se ordene su pago debidamente indexado, costas y gastos procesales, derechos *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante la suma de \$27.234.636, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada al momento de su pago, tras considerar que la actora

¹ “Su señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida para que el tribunal superior de Bogotá lo estudie y tenga en cuenta los siguientes argumentos:

Como ya se había indicado es improcedente acceder a la prestación solicitada por cuanto la demandante ya se encuentra percibiendo una prestación pensional, esto es una pensión de jubilación reconocida por el magisterio y dicha prestación es incompatible con una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que aquí pretende para que sea reconocida por mi representada, esto lo hago con base en el artículo 128 de la constitución política en concordancia con el artículo 19 de la ley 4 de 1992 que ha establecido la imposibilidad de recibir dos asignaciones del erario público tal y como aquí se presenta, ya que al reconocer dicha indemnización sustitutiva se estaría yendo en contra de estas normatividades pagando dos prestaciones que provienen del estado.

Así mismo se debe indicar se debe indicar que existe incompatibilidad entre una pensión de jubilación que percibe la demandante con la prestación solicitada puesto que ya se han tenido en cuenta dichas semanas para el reconocimiento y pago de la misma y por ende no podrán ser tenidas en cuenta para una indemnización sustitutiva, además debe tenerse en cuenta que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y la indemnización sustitutiva de pensión de vejez cubren el mismo riesgo siendo también incompatibles por el riesgo que cubren. En ese orden de ideas solicito al tribunal se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones conforme a los argumentos aquí expuestos.”

cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no generarse incompatibilidad alguna por la pensión de jubilación que devenga por parte del magisterio.

Así las cosas se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionada que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 6244 del 7 de noviembre del 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 30 a 32) de donde se extrae que se le otorgó una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 17 de marzo del 2013 en cuantía de \$1.998.749.

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en determinar si la demandante puede ser acreedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionada por Jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en su apelación ni en el acto administrativo SUB 300667 del 20 de noviembre del 2018 (fls. 17 a 20) que negó la prestación económica al establecer su incompatibilidad por encontrarse la demandante pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado los aportes a Colpensiones visibles a folios 59 a 64 **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme al Resolución de reconocimiento de pensión de jubilación ésta se otorgó en razón a los 20 años de servicios prestados como Docente de vinculación Distrital, la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 31).

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión

de jubilación que actualmente percibe la demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la Resolución No. 6244 del 7 de noviembre del 2013 (Art.1 fl. 31), a más que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados (ver fls. 59 y 60), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Jubilación del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que la promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta no generándose la incompatibilidad alegada.

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política², 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 2³ 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 37959⁴.

² “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

³ “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”.

⁴ 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 submotivo 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, adoctrinando 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 4° 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 avante, 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 1° 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 del 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 antitécnicamente- 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".

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 37: Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

“Artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994⁵, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994”.

En atención a las preceptivas enunciadas, surgen entonces tres requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez:

⁵ Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

- A) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez (55 años para el caso de las mujeres antes del 2014 y 57 con posterioridad).
- B) No haber completado, al cumplimiento de esa edad la densidad de cotizaciones suficientes para obtener la pensión de vejez -1300 a partir del 2015⁶, y
- C) La manifestación de encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que la demandante nació el 16 de marzo de 1958, tal como se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (folio 37), cumpliendo los 55 años el mismo día y mes del 2013 y los 57 en el año 2018, calendas para las cuales contaba con 931.28 semanas de cotización, según el reporte expedido por Colpensiones actualizado al 30 de septiembre del 2019 y que da cuenta que su último aporte lo fue para el enero del 2008 en el cual se reporta la novedad de retiro (folios 60 y 64), por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva -5 de octubre el 2018 folios 11 a 15-, ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos.

Ahora, en lo que tiene que ver con la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se halla a folio 15 la declaración de tal situación, dirigida a la accionada.

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho a la actora del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció el Juez de primera instancia.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001⁷, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

⁶ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

⁷ *Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:*

Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. *Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.*

(...)

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.⁸

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo, pues pese a cumplir con los requisitos desde el año 2013 (edad de 55 años) solo dio a conocer su imposibilidad de continuar cotizando el 5 de octubre del 2018 (fl. 11), se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **\$31.071.958⁹**, cifra que por resultar

⁸ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

⁹

Cálculo Toda La Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1983	303	1,420	96,920	68,254	\$ 25.530,00	\$ 1.742.512,00	\$ 17.599.371,00	
1984	289	1,660	96,920	58,386	\$ 30.150,00	\$ 1.760.324,00	\$ 16.957.788,00	
1985	277	1,960	96,920	49,449	\$ 39.310,00	\$ 1.943.839,00	\$ 17.948.113,00	
1986	272	2,400	96,920	40,383	\$ 17.790,00	\$ 718.420,00	\$ 6.513.675,00	
1987	365	2,900	96,920	33,421	\$ 21.420,00	\$ 715.871,00	\$ 8.709.764,00	
1988	366	3,600	96,920	26,922	\$ 32.003,18	\$ 861.597,00	\$ 10.511.483,00	
1989	365	4,610	96,920	21,024	\$ 39.310,00	\$ 826.448,00	\$ 10.055.117,00	
1990	365	5,810	96,920	16,682	\$ 473.700,00	\$ 7.902.066,00	\$ 96.141.803,00	
1991	365	7,690	96,920	12,603	\$ 54.630,00	\$ 688.523,00	\$ 8.377.030,00	
1992	366	9,740	96,920	9,951	\$ 70.260,00	\$ 699.137,00	\$ 8.529.471,00	
1993	365	12,190	96,920	7,951	\$ 89.070,00	\$ 708.176,00	\$ 8.616.141,00	
1994	301	14,930	96,920	6,492	\$ 396.171,93	\$ 2.571.801,00	\$ 25.803.737,00	
1999	305	36,420	96,920	2,661	\$ 783.547,77	\$ 2.085.158,00	\$ 21.199.106,00	
2000	333	39,790	96,920	2,436	\$ 907.747,75	\$ 2.211.081,00	\$ 24.542.999,00	
2001	333	43,270	96,920	2,240	\$ 1.001.891,89	\$ 2.244.127,00	\$ 24.909.810,00	
2002	335	46,580	96,920	2,081	\$ 1.044.626,87	\$ 2.173.577,00	\$ 24.271.610,00	
2003	346	49,830	96,920	1,945	\$ 891.760,90	\$ 1.734.487,00	\$ 20.004.417,00	
2004	143	53,070	96,920	1,826	\$ 580.206,75	\$ 1.059.613,00	\$ 5.050.822,00	
2006	330	58,700	96,920	1,651	\$ 727.090,91	\$ 1.200.505,00	\$ 13.205.555,00	
2007	360	61,330	96,920	1,580	\$ 708.166,67	\$ 1.119.118,00	\$ 13.429.416,00	
2008	30	64,820	96,920	1,495	\$ 461.000,00	\$ 689.295,00	\$ 689.295,00	
Total días	6514	Total devengado actualizado a				2018	\$ 383.066.523,00	
Semanas Cotizadas S.C.	930,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 411.646,56	
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					8,111%	
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2018	\$ 31.071.958,00	

superior a la dispuesta por el juez de primer grado (\$27.234.636), no podrá ser modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

En lo atinente a la indexación solicitada, a la cual accedió el Juzgador inicial, la Sala se permite recordar 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.

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor de la demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada a la accionante.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 50)¹⁰, es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019¹¹, reiterada en SL 5544 de 2019.

¹⁰ La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 6 de diciembre del 2019 (folio 68).

¹¹ “Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar. En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión– porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva– porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.”

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Pues bien, agotada la competencia de instancia, por el estudio de los aspectos materia de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta, se procede confirmar la sentencia de primer grado, en los términos antedichos.

COSTAS de la apelación a cargo de COLPENSIONES. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

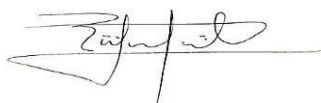
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.

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 Rodesto 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 MARIA MARGARITA CARRASCO RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN (RAD. 05 2017 00222 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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 las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de julio de 2020 (Record: 1:36:02), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **MARÍA MARGARITA CARRASCO RAMÍREZ**.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A a que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con sus rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a RECIBIR los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de las AFP, inclúyase como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos a cargo de cada una de estas, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.

QUINTO: *En caso que este fallo no fuera apelado, CONSULTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.”*

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación, señalando que la vinculación o traslado de régimen de la demandante fue por circunstancias externas a su representada, quien solo cumplió con su deber de información y aceptó el deseo de la demandante de querer cotizar con su representada, asegurando el deseo de retornar al régimen de prima media por parte de la demandante se debe a temas meramente económicos y no por la falta de información al momento del traslado, solicitando se revoque la sentencia y se absuelva a esta AFP de todas las pretensiones incoadas en su contra. (Record: 1:37:10)¹.

Por su parte COLPENSIONES apela el fallo de primer grado, citando la sentencia T-489 del 2010, relacionada con la sostenibilidad del sistema, refiriendo que éste tiene que ver con la protección del capital pensional, pues no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a sus formación, vienen a último momento cuando les falta menos de 10 años para completar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia al sistema, asegurando con ello se cortaría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no contribuyeron a los rendimientos de los fondos pensionales, que entren a beneficiarse o a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas. (Record: 1:38:20)².

¹ “Estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable superior de Bogotá en los siguientes términos:

Señores magistrados, solicito se revoque la sentencia del ad quo y no se condene en costas a mi representada en consideración tal como lo manifesté en mis alegatos, su vinculación o traslado de régimen fue por circunstancias externas a mi representada, esta solo cumplió con su deber de información y aceptó el deseo de la demandante de querer cotizar con mi representada. Los hechos que acontecieron con posterioridad, como es la vinculación al fondo de pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN, también es un hecho que se escapa de un vicio en el consentimiento.

De igual manera, señores magistrados, el deseo de retornar al régimen de prima media por parte de la demandante se debe a temas meramente económicos y no por la falta de información al momento del traslado. En consecuencia le solicito al honorable tribunal, se revoque la sentencia dictada por el ad quo y se absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra. Gracias.”

² “Me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral, teniendo en cuenta lo ya sustentado en mis alegatos de conclusión, al igual me permito tener en cuenta honorable magistrados, se estudie el pronunciamiento de la corte constitucional en la sentencia T 489 DE 2010 donde indica:

La sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, ellas son:

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 MARGARITA CARRASCO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6, las cuales encuentra fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 5 aspirando de manera principal se declare la nulidad o la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado en el año 1998 por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpatria actualmente Porvenir, por falta de información que conllevó a error inducido como vicio del consentimiento, en consecuencia se declare válidamente afiliada a Colpensiones, se ordene a Protección el traslado de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual, con todos los frutos e intereses y la devolución de las cuotas de administración cobradas sobre los valores consignados, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad 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 de la actora suministró la información suficiente, precisando dicho deber de información se le debe dar a todos los ciudadanos estén o no en el régimen de transición.

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

A. La primera tiene que ver con la protección del capital pensional, no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a sus formación, vienen a último momento cuando les falta menos de 10 años para completar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia al sistema.

B. En segundo término, desde una perspectiva social, se cortaría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no contribuyeron a los rendimientos de los fondos pensionales, que entren a beneficiarse, a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.

Por lo anteriormente mencionado, honorables magistrados, teniendo en cuenta lo ya sustentado, dejo sustentado el recurso de apelación y solicito se revoque el fallo de primera instancia. Muchas gracias”

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 34 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la accionante el 3 de octubre de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, el 3 de febrero de 2017 (fls. 29 a 31) y 8 de mayo del 2017 (fls. 34 y 36), 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 402.29 semanas de cotización (fl. 85) equivalentes a 7 años, 9 meses y 26 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 10 marzo de 1998 (fls. 152 y 232 expediente digital), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir (fl. 196 expediente digital) 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

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”.

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 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 accionante 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, y 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,

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

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.

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 sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Nótese que la testigo traída a juicio señora PIEDAD URQUIJO FORERO⁵, quien afirmó conocer a la demandante como compañera de trabajo en el Banco Santander, conoce de las condiciones de afiliación al RIAS pero para el año 2001 cuando inicio su vínculo laboral en tal entidad, siendo el traslado de la actora en el año 1998 (fl. 232), por lo que sus declaraciones se basan en hechos posteriores a lo aquí alegado y en esa medida la prueba testimonial, resulta precaria para los fines aquí perseguidos, concluyéndose no se logró comprobar el suministro de la información idónea y suficiente a la accionante en el momento de realizar el traslado de régimen pensional.

Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la actora⁶, 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 refirió que en su momento COLPATRIA únicamente le hablo de los beneficios y rentabilidades de ese fondo de pensiones, enfatizando en que el ISS se iba acabar.

⁵ Record: 35:59

⁶ Record: 13:20

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 232 expediente digital), plasmado en el formulario de afiliación a Colpatria hoy 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 la demandada.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (10 de marzo de 1998, fl. 232 expediente digital), 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, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, 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, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente 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.

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 al 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 del actor, 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.

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 como atrás se dijo se está declarando la ineficacia, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima mediana con prestación definida, todos los saldos existentes en la cuenta de la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 88 expediente digital)⁷, 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 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 el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá 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.

⁷ Por auto del 19 de diciembre del 2018 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones

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 MILLAN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA INES
LEYVA MALDONADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES– (RAD. 08 2016 00311 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. (folio 131).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 126 a 130 y 132 a 134), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado

jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de marzo de 2020 (CD folio 121, récord 21:14, acta a folio 122), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que reconozca y pague en favor de la demandante señora MARTHA INES LEYVA MALDONADO la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente indexada, aclarándose que para el efecto de su liquidación deberán tenerse en cuenta un total de 372,32 semanas cotizadas de acuerdo con lo motivado en este providencia, aclarando y facultando desde ya a COLPENSIONES a que en el evento de haber reconocido y pagado una indemnización sustitutiva con anterioridad a la decisión que se está profiriendo en esta sentencia, pueda descontarse los valores que eventualmente haya cancelado a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos propuestos dadas las resultas del proceso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: REMÍTANSE al Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, dado que la presente decisión resulta adversa a sus intereses.”

El representante judicial de COLPENSIONES¹ solicita adición y/o aclaración de la sentencia, petición que fue negada por la Juez a quo (CD folio 121, récord 24:14, acta a folio 122)².

¹ CD folio 121, récord 22:48 acta a folio 122. “Señora juez, en primer lugar, solicito aclaración de la providencia en el entendido que el despacho opta por condenar a COLPENSIONES a reconocer la indemnización sustitutiva de pensión a la demandante e indica que en el evento que COLPENSIONES hubiese reconocido alguna indemnización podrá descontar esos valores de las diferencias pensionales.

A juicio de este apoderado dicha condena no es del todo clara en el entendido que no fue objeto de discusión que COLPENSIONES mediante la resolución GNR-237682 del 23 de septiembre de 2013 pagó a la demandante la suma de \$8,791.450. En ese sentido, cuando el despacho únicamente se hace la salvedad que en el caso que COLPENSIONES hubiese pagado algún valor, considera este apoderado que para efectos de un eventual cumplimiento de dicha sentencia la condena es ambigua, y en su lugar solicitaría que el despacho aclarara y después adicionara en el sentido de indicar que efectivamente se pagó ese retroactivo y que eventualmente esa suma deberá descontarse de ese retroactivo que le pueda corresponder a la demandante por concepto de diferencias causadas con ocasión a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por la cual es condenada COLPENSIONES.”

² “Para resolver la solicitud de aclaración o adición de la sentencia, esta juzgadora considera que no hay ligara a la aclaración, sin embargo se procede a aclarar que efectivamente se encuentra que en el proceso la resolución GNR-237682 del 2013 mediante la cual se acredita el reconocimiento de la indemnización, sin embargo, no encontramos prueba alguna que permita acreditar el pago de ese reconocimiento, por eso el despacho aclaró que el evento que haya sido pagada, porque no hay certeza que haya sido pagada, supone esta juzgadora que ha sido efectivamente pagada pero no hay un recibo dentro del expediente administrativo que permita constatar pago de esa resolución.

Frente al pago de las diferencias que pudieran existir, es porque esta juzgadora consideró la liquidación de la indemnización con un número superior de semanas de las que fueron liquidadas en la resolución, razón

Inconforme con la sentencia y la negativa de la adición o aclaración, el apoderado de la encartada formula recurso de apelación en los siguientes términos.

En primer lugar, a su juicio, la condena impuesta es ambigua, en razón a que la demostración del pago de la indemnización sustitutiva reconocida a la demandante no fue objeto de discusión en el proceso, enfatizando, en la demanda no se negó el recibo de su importe, por lo que debió dejarse clara la autorización a COLPENSIONES de descontar la suma de \$8.791.450 que fue lo que pago como indemnización sustitutiva en virtud del acto administrativo 237682 de 2013.

En ese mismo sentido, resalta, las pretensiones de la demanda están encaminadas al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión “sobre 159.43 semanas”, de allí que se entienda que está aceptando las 218 semanas sobre las que esa entidad calculó dicha prestación, siendo realmente su aspiración, obtener la reliquidación de la indemnización con la inclusión de las semanas aludidas en la sentencia, de periodos que no están imputados en la historia laboral, cotizados a COLFONDOS y trasladados a COLPENSIONES.

Bajo tales premisas, en su sentir, debió ordenarse únicamente la reliquidación y no como se dijo en el fallo, liquidarla con base en las 378 semanas, aun cuando autorizó a descontar las sumas eventualmente reconocidas.

Por último, frente a la condena por indexación, considera no haberse dado los presupuestos para el ejercicio de las facultades ultra y extra petita que sirvieron de fundamento para imponer la misma, debido a que en las pretensiones no quedó lo atinente a este concepto, indicando, además, dada la naturaleza jurídica de esa entidad, la competencia está dada por la reclamación administrativa y en ella no se pidió el pago indexado, por lo cual considera que esa condena era improcedente³.

por la cual aclaró la sentencia de esta juzgadora en la forma como se emitía la misma, pero considero que no hay lugar a aclararla o adicionarla en los puntos que hayan sido diferentes en la parte resolutive.”

³ *“Su señoría, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho para que la resuelva la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá básicamente en dos puntos.*

En primer lugar porque no me encuentro conforme con la negativa de la señora juez en cuanto a no acceder a la adición o complementación del fallo, toda vez que a juicio de este apoderado, reitero, la condena impuesta en el fallo proferida para este despacho resulta para todos los efectos de un eventual cumplimiento por parte de COLPENSIONES ambigua, en el efecto que si bien existe la resolución GNR- 282 DE 2013 y

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 MARTHA INES LEYVA MALDONADO, las pretensiones relacionadas a folio 65, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 65 y 66, solicitando se ordena a COLPENSIONES reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez sobre 159,43 semanas y a las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante la indemnización

que hubo un pago de la indemnización sustitutiva, la demostración del pago de ese valor no fue objeto de discusión dentro de este proceso. En ningún momento la parte demandante en el escrito de la demanda hizo alusión a que no se hubiera recibido por parte ella el valor correspondiente a esa indemnización, lo que a juicio de este apoderado es una aceptación de efectivamente recibir el pago y en consecuencia de ello, debió el despacho autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo o diferencia que se cause con ocasión de la indemnización el valor de \$8,791.450 que es el pago que efectuó COLPENSIONES A LA DEMANDANTE con ocasión al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de conformidad al acto administrativo 237682 del 2013.

En segundo lugar, a juicio de este apoderado, igualmente la condena que se emite a COLPENSIONES no se encuentra conforme a Derecho toda vez que, si se verifican las pretensiones de la demanda, la pretensión 2.2 Que se reconozca a la demandante la indemnización sustitutiva de pensión sobre 159.43 semanas. De acuerdo a la análisis que hace el despacho, la densidad de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES es cercana a las 378 semanas cuando la parte demandante indica únicamente que se reconozca la indemnización sobre 159.43 semanas, es porque está aceptando que las 218 semanas sobre las cuales COLPENSIONES calculó la indemnización sustitutiva mediante el acto administrativo al que ya hice mención, el 237682 de 2013, es porque se encuentra conforme a derecho y frente a ese reconocimiento la parte demandante no hace ninguna objeción, solicitándole al despacho, únicamente que se reliquide dicha indemnización con la inclusión de 159.43 semanas, que son las semanas a las que hizo alusión la señora juez, los periodos que no están imputados en la reseña laboral y los tiempos que fueron cotizados a COLFONDOS y que después fueron trasladados a la entidad.

Sobre esa base, considera ese apoderado que lo que se debió haberse condenado era al pago de la reliquidación sustitutiva únicamente por las semanas no tenidas en cuenta por COLPENSIONES para el reconocimiento inicial, y no como lo indicó el despacho en cuanto a que deberá liquidarse conforme a 378 semanas no obstante que, reitero, el despacho autoriza a que COLPENSIONES eventualmente haga el descuento por las sumas de la indemnización. Para efectos de dar un cumplimiento estricto a este fallo el que confirmara el tribunal, la sentencia sería ambigua para que COLPENSIONES le diera el cumplimiento correspondiente.

Finalmente, no me encuentro conforme en cuanto a la condena a indexación, si bien es cierto que el despacho la hace en ejercicio de las facultades ultra y extra patita, dichas facultades están sometidas a que se trate de derechos discutidos en el proceso y claramente en las pretensiones de la demanda no está que se condenara a COLPENSIONES al pago de dicha indexación y teniendo en cuenta que COLPENSIONES es una entidad de naturaleza pública, la competencia de este despacho está dada por la reclamación administrativa y en las reclamaciones administrativas elevadas por la actora nunca se le solicitó a COLPENSIONES el pago indexado de las sumas que eventualmente pudieran corresponder producto de la reliquidación de la indemnización sustitutiva, en razón a ello considero que es una condena improcedente. De esta manera señora juez dejo sustentada la apelación y solicito a la sala laboral acceda a las pretensiones y a las solicitudes de mi recurso.”

sustitutiva de la pensión de vejez para cuya liquidación debía tenerse en cuenta 372,32 semanas cotizadas, la cual debía cancelarse debidamente indexada, y facultó a la demandada a descontar lo que hubiera cancelado por ese concepto. Lo anterior, tras considerar la inexistencia de incompatibilidad de la prestación con la pensión reconocida por el Magisterio y encontrar satisfechos los presupuestos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, indicando, dentro de la historia laboral se debían tener en cuenta los periodos certificados por COLFONDOS como trasladados a COLPENSIONES, que no figuran en el reporte expedido por esta última.

Así las cosas, se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 2791 de 1 de julio de 2010, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folios 22 a 24) de donde se extrae que se le otorgó una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 17 de febrero de 2010 en cuantía de \$1.951.217.

De tal manera, descendiendo al caso de autos, y aunque ni en la demanda o su contestación o los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES se alegó la posible incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación reconocida a la demandante por parte del Magisterio, por haber sido esta objeto de análisis por parte de la juez *a quo*, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada, se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en primer lugar en determinar si la demandante puede ser acreedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionada por Jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. De ser positivo lo anterior, si hay lugar a reliquidar la indemnización sustitutiva reconocida a la demandante.

Conforme a lo anterior, desde ya advierte la Sala no existe incompatibilidad para acceder a la prestación reclamada por encontrarse la demandante pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado los aportes a Colpensiones visibles a folios 85 a 86 **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme al Resolución de reconocimiento de pensión de jubilación (folios 22 a 24) ésta se otorgó en razón a los 20 años de servicios prestados como Docente de vinculación Nacionalizado, la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folio. 23).

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe la demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la Resolución No. 2791 de 1 de julio de 2010 (Art.1 fl. 23), a más que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados (ver fls. 85 a 86), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Jubilación del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que la promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta no generándose incompatibilidad alguna.

En esta misma dirección, baste con señalar que 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

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. Entiéndese 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”.

23 de marzo de 2011, expediente 37959⁶.

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 submotivo 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, adoctrinando 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 4º 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 avante, 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

Establecido lo anterior, debe precisar la Sala, le asiste razón a la encartada al señalar que lo pretendido en la demanda no es cosa distinta a obtener la reliquidación de la indemnización sustitutiva que fuera reconocida por COLPENSIONES mediante acto administrativo GNR 237682 de 23 de septiembre de 2013 (folio 2 a 4), en cuantía de \$8.791.450, la cual ingresó en nómina de octubre de 2013, resolución en la que se indicó que la demandante acreditó un total de 1531 días correspondientes a 218 semanas, pues, además de haber sido así establecido en la fijación del litigio (Cd folio 104, récord 04:20), una interpretación armónica del libelo y los documentos adosados al expediente permiten arribar a dicha conclusión, en tanto la demandante considera deben incluirse 159,43 que no fueron tenidas en cuenta por COLPENSIONES en ese reconocimiento y que corresponden a periodos laborados a la Corporación Universidad Piloto (folios 5 a 7⁷ y hecho 6.2 folio 65).

Considerando lo anterior, no es objeto de la litis determinar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993⁸, reglamentada

solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo antitécnicamente- 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".

⁷ Reclamación Administrativa.

⁸ **“Artículo 37:** *Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su*

por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, para la actora hacerse acreedora de la indemnización sustitutiva, pues los mismos fueron encontrados satisfechos por la demandada en la Resolución GNR 237682 de 23 de septiembre de 2013, confirmada por acto administrativo GNR 111372 de 27 de marzo de 2014 (folios 8 y 9) y por ello procedió a su reconocimiento, debiendo únicamente resolver la inconformidad de la demandante frente a las semanas empleadas para liquidar la prestación.

Así, en lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2º del Decreto 1730 de 2001⁹, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.¹⁰

Con relación a las semanas de cotización efectuadas por la demandante, se advierte del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por

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

⁹ Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:

Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

(...)

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

¹⁰ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

COLPENSIONES el 12 de diciembre de 2016 (folios 85 y 86) que esta acreditó un total de 338,88 semanas.

Ahora bien, revisado el detalle de los periodos, se constata que los ciclos comprendidos entre septiembre de 2001 y febrero de 2009, se acreditan en la historia laboral en virtud de la devolución que hiciera el régimen de ahorro individual (folios 85 vto. a 86); sin embargo, en el detalle expedido por COLFONDOS (folio 117), se relacionan ciclos que no constan en el reporte expedido por COLPENSIONES (folios 85 y 86) y que corresponden a los periodos de agosto de 2001, enero a abril de 2006, mayo de 2005, febrero a abril de 2003, septiembre y diciembre de 2005¹¹, los cuales fueron girados por la AFP a la administradora de pensiones del RPM el 23 de octubre de 2006 (folio 117), tiempos que según la certificación expedida por la Universidad Piloto de Colombia (folios 19 a 21) fueron cotizados por esa institución como empleadora y que equivalen a 300 días, es decir, 42.85 semanas que no están contenidas en la historia laboral.

En tal sentido, la densidad total de semanas acreditada por la demandante fue de 381,73¹²; no obstante como la juez de primera instancia solo encontró acreditadas 372,32, aspecto que no fue recurrido por la convocante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva no se modificará este punto.

Precisando lo anterior, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta el IBC

¹¹

PERIODO	DÍAS
2001-08	30
2003-02	30
2003-03	30
2003-04	30
2005-09	30
2005-12	30
2006-01	30
2006-02	30
2006-03	30
2006-04	30
TOTAL DIAS	300
SEMANAS	42,857

reportado y las 372,32 semanas anotadas, arrojan como valor de la indemnización sustitutiva actualizada al año 2013 calenda en la cual se profirió el acto administrativo reconocedor del derecho, se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **\$19.132.298,00¹³**, ordenando a la accionada a pagar como diferencia causada con esta reliquidación el valor de **\$10.340.848,0¹⁴**. Atendiendo tales circunstancias, se modificará la sentencia de primera instancia a efectos de concretar el valor que debe cancelar COLPENSIONES a favor de la aquí demandante.

En lo atinente a la indexación ordenada por la Juzgadora inicial, refiere el apoderado de la parte demandada, único apelante, que dicho concepto no fue objeto de discusión en el presente litigio, por lo cual no podía la juez a quo disponer el pago del mismo con fundamento en las facultades ultra y extra petita.

Al tema, conviene precisar inicialmente que dentro de los poderes que el legislador le confiere al Juez Laboral, se encuentra el consagrado en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que textualmente señala:

“Extra y ultrapetita. El juez de (primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los

¹² 42,85 -que aparecen en el detalle de COLFONDOS no acreditadas por Colpensiones- + 338,88 -certificadas por Colpensiones-

¹³

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1992	114	13,901	111,816	8,044	\$ 123.210,00	\$ 991.056,00	\$ 3.766.013,00
1993	284	17,395	111,816	6,428	\$ 138.283,73	\$ 888.892,00	\$ 8.414.844,00
1994	180	21,328	111,816	5,243	\$ 165.180,00	\$ 865.997,00	\$ 5.195.982,00
1995	300	26,147	111,816	4,276	\$ 327.600,00	\$ 1.400.965,00	\$ 14.009.650,00
2001	150	61,989	111,816	1,804	\$ 306.479,00	\$ 552.828,00	\$ 2.764.140,00
2002	331	66,729	111,816	1,676	\$ 1.946.373,44	\$ 3.261.489,00	\$ 35.985.095,00
2003	360	71,395	111,816	1,566	\$ 2.654.636,17	\$ 4.157.578,00	\$ 49.890.936,00
2004	360	76,029	111,816	1,471	\$ 1.672.457,58	\$ 2.459.682,00	\$ 29.516.184,00
2005	360	80,209	111,816	1,394	\$ 1.840.689,50	\$ 2.566.033,00	\$ 30.792.396,00
2006	211	84,103	111,816	1,330	\$ 882.932,56	\$ 1.173.871,00	\$ 8.256.226,00
Total días	2650	Total devengado actualizado a				2013	\$ 188.591.466,00
Semanas Cotizadas S.C.	378,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 498.166,14
Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.						10,145%	
VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a						2013	\$ 19.132.298,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva liquidada	\$ 19.132.298,0
Indemnización sustitutiva reconocida por COLPENSIONES	\$ 8.791.450,0
Total	\$ 10.340.848,0

¹⁴

hechos que los orígenes hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (la frase entre paréntesis declarada inexecutable mediante sentencia C-662/98)

Es decir, que esta potestad contiene un carácter facultativo y discrecional y no obligatorio, a través del vocablo “*podrá*”, expresada en la precitada norma procesal laboral, en ella se refleja la independencia de las decisiones de la justicia (art. 228 C.P.), y el principio según el cual los jueces en sus providencias “solo están sometidos al imperio de la ley” (art. 230 C.P.).

La aplicación del artículo 50 del C.P.T., está sujeta a los siguientes requisitos: Si se refiere a la condena extrapetita, los hechos que originen la decisión del Juez deben: a) haber sido discutidos en el juicio, b) estar debidamente probados. Si trata de condena ultra petita se requiere: a) que aparezca que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador, y b) que no le hayan sido pagadas.

De esta forma, los poderes ultra y extrapetita del Juez laboral guardan relación con la concordancia o consonancia que debe existir entre los hechos, las pretensiones, y las excepciones, con la decisión que tome el Juez en la sentencia, a la luz del art. 281 del C.G.P.

Frente al principio de congruencia y las limitaciones del Juez, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, de vieja data, en sentencia de septiembre 13/91, sentó:

“...es pertinente recordar que los jueces laborales, como en general cualquier juez, están obligados a dictar fallos congruentes, salvo que la ley los releve expresamente de ello, tal cual acontece con la facultad de fallar extra o ultra petita que prevé el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo; obligación que comprende también la de declarar probados los hechos constitutivos de excepciones aunque no se hayan ellas propuesto de modo formal (salvo las conocidas por la doctrina como excepciones propias: prescripción, compensación y nulidad relativa), en los términos del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión que ordena el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. Y precisamente por virtud del principio de la congruencia o de la consonancia, los jueces del trabajo están obligados a no salirse de los hechos que hayan sido materia de debate y a no exigir, con la sola excepción de las pruebas ad substantiam actus, la demostración de hechos que, por haber sido afirmados por el actor y aceptados por el demandado, no requieren prueba adicional”.

En consonancia con lo expuesto, revisado con detenimiento el expediente así como la fijación del litigio concretada en la audiencia inicial, se observa que, en efecto, la indexación de la reliquidación aquí pretendida no fue objeto de reclamo, y menos aún de discusión dentro de la litis, pues ninguna referencia se hizo sobre la consecuencia negativa que sufrirá la suma de indemnización sustitutiva por el paso del tiempo frente a su poder adquisitivo, que hicieran viable el uso de las potestades conferidas al fallador de primer grado.

En ese orden, no podía la juez acudir a las facultades extra petita para imponer la condena por indexación.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 78)¹⁵, se tiene que el derecho a la reliquidación se hizo exigible el 13 de enero de 2014 (folio 4), fecha en la cual se notificó la resolución GNR 237682 de 23 de septiembre de 2013 que reconoció la indemnización sustitutiva (fls. 2 y 3), interponiendo los recursos de la vía gubernativa el 24 de enero de 2014 (fls. 5 a 7) con lo cual suspendió tal fenómeno hasta que se resolvió de manera desfavorable mediante Resolución GNR 111372, de 27 de marzo de 2014 (fls. 8 a 9) acudiendo a la jurisdicción el 1 de octubre de 2015 (folio 32), es decir sin que hayan transcurridos el término trienal, por lo que la prescripción no cobró operatividad y esa medida no operó dicho fenómeno jurídico.

Agotada la competencia de instancia, por el estudio de los aspectos materia de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta, se procede revocar parcialmente el numeral primero de la sentencia de primer grado para excluir la indexación ordenada, además modificarla para concretar el valor de diferencia a cargo de COLPENSIONES, en los términos antedichos.

SIN COSTAS en esta instancia.

¹⁵ La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 21 de febrero de 2017 (folio 95).

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

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, el cual para todos los efectos será del siguiente tenor:

CONDENAR a COLPENSIONES a RELIQUIDAR la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la señora MARTHA INÉS LEYVA MALDONADO en cuantía de \$19.132.298,00, precisando que únicamente deberá pagar por diferencia de indemnización sustitutiva la suma de **\$10.340.848,0**

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

TERCERO: 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