TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado FERNANDO GARCÍA GÓMEZ contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-008-2019-00054-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de junio de 2020. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **FERNANDO GARCÍA GÓMEZ** pretende se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones efectuado del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuada en el mes de septiembre de 1994 a la AFP PORVENIR por la indebida, incompleta y engañosa información que le fue suministrada al momento de la afiliación, lo cual generó un error de hecho que vició su consentimiento. Se disponga, en consecuencia, el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES. Se ordene a la AFP PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. A COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPMPD; lo ultra y extra petita, además de la condena en costas en caso de oposición.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haberse afiliado al ISS en el mes de julio de 1987, donde permaneció afiliado hasta el mes de septiembre de 1994, cuando se trasladó al RAIS, a la AFP PORVENIR S.A; sin embargo, sostuvo que esta administradora NO le suministró en ese momento el texto del reglamento ni el plan pensional, pese a conocer su número de semanas cotizadas al RPMPD y el promedio salarial; no le informó las implicaciones del traslado, la naturaleza del régimen, así como una información completa y comprensible sobre dicho cambio, siendo él una persona inexperta en el tema pensional y fondo un versado en la materia. No le informó sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, sobre las distintas opciones o proyecciones de pensión en cada régimen pensional; incumplió con el deber del buen consejo, no le sugirió sobre la conveniencia de cotizar y quedarse en el RPMPD; tampoco recibió asesoría sobre la posibilidad de regresar al RPMPD al cumplir 52 años por serle patrimonialmente más favorable al momento de pensionarse. Además, un asesor del Régimen Individual, le aseguró al demandante esta modalidad de seguro como la más beneficiosa para los empleados, además le omitió que era beneficiario de una expectativa pensional. Posteriormente, el demandante elevó a la AFP PORVENIR solicitud de proyección pensional comparada con su actual Régimen y el Régimen de Prima Media. Dichas solicitudes no fueron contestadas. Aunado a ello, el 14 de noviembre de 2018 solicitó ante COLPENSIÓNES solicitud de traslado de fondo, la cual fue negada, la igual que la solicitud presentada ante PORVENIR el 15 de noviembre de 2018 (fls. 5 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A**., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que él señor FERNANDO GARCÍA GÓMEZ se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y libre el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR, lo cual confirma que la asesoría brindada en su momento, que bien era diferente a la requerida hoy en día, no por eso menos verídica pues se demuestra que la decisión del afiliado fue libre y espontánea, de modo que su rúbrica en el formulario de afiliación debe tomarse como el nacimiento a la vida jurídica de un acto lícito, consentido e informado por parte del accionante. Adicionalmente, refirió que el monto pensional que se logre alcanzar, depende única y exclusivamente del afiliado y su planeación, no del RAIS. Como excepciones de fondo, presentó las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 63 a la 73).

De igual modo, la **ADIMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES-COLPENSIONES**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, al señalar que no es procedente declara que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales llevan a determinar que el traslado efectuado al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró al actor toda la información clara y precisa, respecto a los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional, las características, funcionamiento y manejo del traslado de régimen, de igual manera se le indicó sobre la existencia de los dos regímenes pensionales; de tal modo que, la afiliación se hizo de manera libre, espontánea, voluntaria y con el lleno de todo los requisitos que la Ley exige. Como excepciones de mérito, propuso las de «Prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 91 a la 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 19 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 16 de septiembre de 1994 a la AFP PORVENIR S.A. Condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del actor y a PORVENIR a trasladarle todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado. Se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, advirtiendo sobre el deber de informar tanto lo favorable como lo desfavorable, y las consecuencias para el interesado que tienen los traslados, siendo deber de las administradoras de pensiones dar información necesaria, verídica y eficaz al momento de la afiliación, lo cual, en el caso concreto no cumplió PORVENIR. Advirtiendo, que dicha omisión genera como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora, apeló la decisión de manera parcial, en razón a que en la parte resolutiva no se condenó en costas, advirtiendo que conforme a los artículo 365 y 366 del CGP, la parte vencida debe cancelar costas y agencias en derecho

a la parte que gana, premisas que se han cumplido en el caso, dado que la AFP PORVENIR generó una controversia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se trabó la litis también con COLPENSIONES, por lo cual, debe revocarse la absolución respecto a las costas y concederse por ser una consecuencia jurídica de la actuación procesal y posición presentada por las demandadas.

El apoderado de la **AFP PORVENIR** presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado, tras considerar que es un imposible jurídico al que se está sometiendo a las administradoras de fondos de pensiones por supuestos, ya que se está partiendo de supuestos generados con posterioridad a la afiliación, pues para ese momento no se determinaba ni la forma en que se debía brindar la información, como tampoco que se tenía que documentar, cualquiera sea la forma en que se otorgaba. En tal cumplimiento, PORVENIR brindó la información suficiente y necesaria para que el actor, de forma libre y voluntaria optara por afiliarse al RAIS, lo cual se efectuaba con una asesoría de forma verbal y con el formulario de afiliación. Además, señaló respecto a los gastos de administración y pólizas de seguros, que se respeten las restituciones mutuas, pues el demandante desde el momento de su afiliación al RAIS ha tenido beneficios respecto a los rendimientos y coberturas respecto a contingencias que se puedan derivar de la vejez, muerte e invalidez, por tanto, PORVENIR ha dado cumplimiento al ordenamiento jurídico. Aspectos estos que solicita sean revisados.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, considerando que no se demostró durante el proceso que no se le haya una correcta información al demandante, además para la fecha de la afiliación, solo se exigía el formulario de información y este se consideraba como prueba que la afiliación fue de manera libre y autónoma.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, la parte actora solicitó se acate el precedente jurisprudencial de la CSJ Sala Laboral y se confirme la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad

y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 25 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 22 de agosto de 1960, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de noviembre de 2018 (fls. 35-36), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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-

[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 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".

, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 344 semanas de cotización, (fls. 27-28) equivalentes a casi 7 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, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de septiembre de 1994 (Fl. 75), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante 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 el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 75), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (16 de septiembre de 1994, fl. 75), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración,

como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se revocará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

En ese sentido, se revocará parcialmente la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

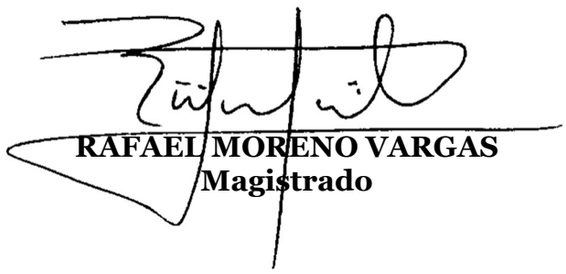
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a las accionadas **PORVENIR Y COPLENSIONES,** de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

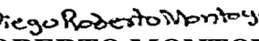
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA DEL PILAR GRANADOS MOLINA contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Rad. 1100131-05-039-2018-00670-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA DEL PILAR GRANADOS MOLINA**, pretende se declare ineficaz su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- en la AFP PROTECCIÓN S.A., la cual incurrió en omisión del deber de información que tiene las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; se declare que debe de estar afiliada en el Régimen de Prima Media -RPM; como consecuencia de lo anterior se condene a PROTECCCIÓN S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde el 24 de abril de 1988.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis indicó que, se afilió a al Instituto de Seguro Sociales -ISS, hoy COLPENSIONES, el 24 de abril de 1988, que cotizó un total de 358,86 semanas previo al traslado al RAIS; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 01 de octubre de 1997, sin embargo adujo, el funcionario de PROTECCIÓN S.A que la

asesoró no le indicó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en COLPENSIONES, no le elaboró una proyección de su mesada pensional, se le informó que «no se iba a poder pensionar ya que el ISS se iba a acabar», que se podía pensionar «a cualquier edad», ni se le indicó sobre las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS, así mismo señaló haber cumplido los 47 años de edad el día 28 de febrero de 2012 estando afiliada a PROTECCCIÓN S.A, contando en la actualidad con más de 1.389 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones. De otro lado, sostuvo que el 31 de agosto de 2018 envió derecho de petición a PROTECCIÓN S.A solicitando la invalidación de su afiliación, sin que a la fecha haya sido resuelta, y además, radicó formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES el 31 de agosto de 2018, siendo resuelto de manera negativa por encontrarse a menos de 10 años del requisito del tiempo para pensionarse (fls. 4 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, como consecuencia de ello solicitó se absuelva de las peticiones en su contra, y se condene a la demandante a costas y agencias en derecho; argumentando que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, toda vez que, la afiliación cuenta con validez soportada bajo las cotizaciones efectuadas a dicho fondo de manera libre, espontánea y voluntaria por la actora, señalando que no obra soporte alguno que demuestre lo contrario, ni vicio de consentimiento, así mismo indicó que al suscribirse dichos formularios entre las partes se presentó un negocio jurídico, en el que se originaron obligaciones reciprocas, indicando que estaba en cabeza de la actora informarse sobre las consecuencias de su traslado, siendo esta una información pública, dando lugar a un error en derecho. Finalmente señaló que, la actora no acreditó los 15 años de servicios equivalentes a las 750 semanas al 01 de abril de 1994, razón por la cual no procede el traslado del RAIS al RPM. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación en el régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación» «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 86 a 94).

La **AFP PROTECCIÓN S.A** contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que la demandante realizó la solicitud de vinculación con la AFP DAVIVIR, posteriormente absorbida por SANTANDER, que para el año 2008 pasó a ser ING y a partir del 1° de enero del 2013 comenzó a operar bajo la denominación de PROTECCIÓN S.A., conforme a lo anterior, señaló no conocer de las condiciones en las que fue realizado el traslado de régimen, ni la información brindada,

no obstante, indica que la actora de manera libre y voluntaria decidió vincularse a DAVIVIR el 29 de agosto de 1997 de acuerdo a lo establecido en el acuerdo 692 de 1994. Así mismo indica que, la actora cuenta con 54 años de edad, por lo cual no sería posible efectuar el traslado por encontrarse incursa en la prohibición de que trata el literal e del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, de igual forma, al 01 de abril de 1994 contaba con 29 años de edad; en cuanto a la obligación de devolver la comisión de las cuotas de administración expone que, esta cuota se da para pagar el seguro provisional de la compañía de seguros, indicando que en el hipotético caso que se declare la devolución de los saldos del RAIS al RPM solo será procedente respecto de los aportes de la cuenta de ahorro individual, más no los rendimientos financieros generados, por lo que no es procedente la devolución de la comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros. Formuló como excepciones de fondo las de, «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o eficacia de la obligación», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o eficacia de la obligación, por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe», «prescripción» y la «excepción genérica» (Fls. 116 a 123).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de junio de 2020, declaró que el traslado que hizo la demandante del RPM al RAIS a partir del 1 de octubre de 1998 a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico; condenó a PROTECCIÓN S.A a trasferir al RPM todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración sin que sea dable descontar suma de dineros por seguros de invalidez y sobrevivientes con destino a COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES a recibir los recursos y reactivar la afiliación de la demandante al RPM, sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas, autorizó a COLPENSIONES a que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a tal conclusión, señaló que con base a la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (sentencias con Rad. No. 31989 del 2008, SL 413 del 2018, SL 4964 del 2018, SL 037 del 2019, SL 1452 del 2019, SL 1688 del 2019, SL 1361 del 2019, STP 2082 del 2019, STL 59356 del 20 de mayo del 2020, y la STL 59476 del 20 de mayo del 2020), sobre la afiliación libre y voluntaria a un fondo de pensiones, la firma

del formulario de vinculación debe de estar antecedida de una debida explicación, cumpliendo el principio de trasparencia establecido en el Decreto 696 de 1993, siendo necesario brindar una información objetiva, completa, comparada y comprensible; para así poder considerar que la persona tomo una decisión consciente, libre y voluntaria. En se sentido, sostuvo que en el caso de autos le correspondía probar a la AFP PROTECCIÓN haber dado una información trasparente y detallada al usuario, independientemente de que se trate de una persona que tenga régimen de transición, una expectativa legitima de pensión o las personas que no estén inmersas en el régimen de transición; carga probatoria que no se cumplió, pues si bien la demandante al rendir su interrogatorio de parte manifestó que, le informaron la existencia de un capital, un ahorro y le informaron sobre rendimientos, pero con esa simple información no se puede entender que se haya cumplido con el principio de trasparencia y que dicha afiliación haya sido libre y voluntaria, indicando que no se puede explicar exclusivamente las bondades del sistema, sino que se debe de hacer una explicación en contraste con la situación que tenía la actora en el momento del traslado. Frente a las comisiones por administración, señaló que, por existir un precedente jurisprudencial frente a este tipo de sanciones, era posible condenar al mismo desde el momento en que se hace efectiva la afiliación; en cuanto a la excepción prescripción indicó que, la jurisprudencia ha desarrollado este aspecto declarando que cuando la ineficacia esta intrínsecamente ligada con el derecho pensional debe de cobijarse bajo esa prerrogativa de imprescriptibilidad.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la condena impuesta en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto a devolver las comisiones de administración, pólizas de seguros previsionales contratados por la AFP, por considerarla improcedente; lo anterior, teniendo en cuenta que tal actuación no es contraria a derecho, solicitando se tenga en cuenta el artículo 1746 del Código civil que habla sobre los efectos de la declaratoria de nulidad del traslado, pues no se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende nunca se administraron los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos de dicha cuenta no se causaron, o que tampoco se debió cobrar una cuota de administración; señalando que al declararse una ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el administrador produjo unos frutos y mejoras producto de la buena gestión de la AFP, por lo tanto, la comisión de la administración debe de conservarlos si efectivamente hizo rendir el patrimonio del afiliado.

Por su parte, la apoderada judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de todas las condenas impuestas en su contra, argumentando que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional el 1 de octubre de 1997, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se demostrara a lo largo del proceso que existió coacción al momento de afiliarse a la AFP PROTECCIÓN, por lo que la decisión se tomó de manera libre, espontánea y voluntaria; señaló que la actora solicitó la ineficacia del traslado el 31 de agosto de 2018 habiendo trascurrido más de 10 años de su afiliación primigenia, por lo anterior, se encontraba fenecida la oportunidad para dicha reclamación según lo establecido en el artículo 1750 del código civil y lo señalado en los artículos 488 del CST y el 151 del CPTSS. Así mismo, sostuvo que el hecho de realizar su afiliación a la AFP PROTECCIÓN es un acto jurídico que está sujeto a prescripción, según lo dispuesto en sentencia SL 1689 del 2019, razón por la cual, se encuentra válidamente afiliada al RAIS y por tanto, no se está vulnerando su derecho pensional; arguyó que era evidente que la demandante no demostró algún intereses de retornar al RPM, reiterando su posición de mantenerse en aquel, por lo anterior, no se estaría en alguna nulidad o ineficacia por vicios del consentimiento. Lo anterior, aunado a que la demandante al momento de su afiliación tenía una mera expectativa lo cual no le constituye un derecho, toda vez que para el 1° de abril de 1994 contaba con 29 años, por lo cual no le es posible retornar al RPM en cualquier tiempo, el cual debió de solicitar antes de contar 10 años anteriores a cumplir la edad pensional. Finalmente señala en caso de que se mantenga la decisión, se ordene a la AFP normalizar la afiliación en el sistema de información de la administradora de fondo de pensiones SIAFP, así como los aportes a COLPENSIONES con la respectiva entrega del archivo y el detallado informe realizado durante su permanencia en el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada PROTECCIÓN S.A. presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, únicamente en el sentido de que se revoque la condena por devolución de gastos de administración y el pago de las pólizas de los seguros previsionales contratados por la AFP. La parte actora, por su parte, solicitó que se confirme la decisión tras insistir en que la carga de la prueba corresponde a la AFP, quien se encuentra en mejor posición de probar y en este caso, no se cumplió con ello, esto es, que se cumplió con el deber de entregar información adecuada, clara y suficiente al momento del traslado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 20 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 28 de febrero de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el 28 de febrero de 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 31 de agosto de 2018 (Fls. 67),

[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 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".

es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 204.16 semanas de cotización (fls. 55, 59 y CD fl. 83), equivalentes a casi 4 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de agosto de 1997 (Fl. 124), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 124), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (29 de agosto de 1997, fl. 124), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre este puntualísimo aspecto y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

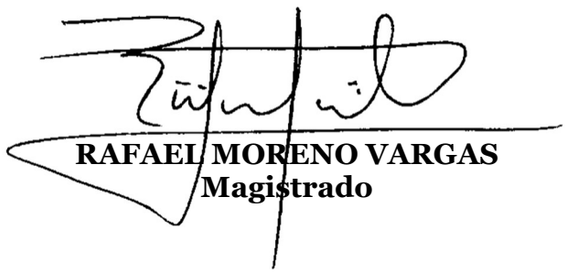
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

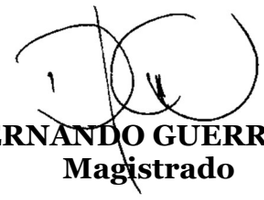
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Bogotá, D.C. Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado WILIAM VANEGAS BALLEN contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-013-2019-00546-01.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada PROTECCION S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio del año 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor WILIAM VANEGAS BALLEN, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado de COLPENSIONES a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION; en consecuencia, se ordene a esta última, entregar a COLPENSIONES el capital ahorrado, más los frutos y beneficios que ha percibido, así mismo los gastos de administración y cuota de manejo que hubiesen descontado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó el demandante haber nacido el 26 de marzo de 1957; se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 1° de abril de 1980, cotizando hasta el 1 de agosto de 1994. Sostuvo que fue abordado por un asesor comercial de la AFP PROTECCIÓN, para que se trasladara del RPMPD al RAIS sin

ofrecerle una asesoría profesional, clara completa y suficiente; éste le indicó que el INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES -ISS, desaparecería y su ahorro pensional se perdería, además omitió informarle los requisitos mínimos para regresar al ISS hoy COLPENSIONES si deseaba hacerlo, asegurando que al momento de pensionarse obtendría una mesada superior, sin realizar proyecciones comparativas para ilustrarlo si era conveniente o no el cambio de régimen, así como las desventajas de trasladarse, tampoco le indicó que debía contar con un capital mínimo para acceder a la pensión de vejez, indicando igualmente, no se le informó de la opción de retracto, ni que para obtener la pensión anticipada y con mayor cuantía debía hacer aportes voluntarios, tampoco informó que cobrarían una cuota de administración mensual de sus aportes al fondo. Mencionó que el fondo de pensiones le ofreció que le prestaría un óptimo servicio sin trámites extensos y dispendiosos para el reconocimiento y pago de la pensión, le indicó que sus beneficiarios contarían con mayores garantías, ya que *la plata* de la pensión estaba respaldada por el sistema financiero nacional. Obedeciendo a lo anterior, y toda vez que no tenía ni tiene conocimiento alguno en materia pensional suscribió el formulario de traslado con la AFP PROTECCIÓN, sin que al momento de suscribir el formulario se le haya entregado ninguna información verbal ni escrita, así como durante el tiempo en que ha estado afiliado a dicha AFP (Fls. 3 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, contestó la demanda oponiéndose a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, como quiera que es un acto existente y valido, donde el actor al momento de su afiliación expresó su manifestación de voluntad libre de presión y engaños, desvirtuando el vicio de consentimiento. Propuso como excepciones de fondo, las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «Inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «Innominada o genérica» (Fls. 30 a 49).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente, que la afiliación efectuada por el demandante fue un acto en el cual COLPENSIONES no tuvo injerencia; no obstante, argumentó que el

afiliado no podría trasladarse del régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, toda vez que la fecha de su nacimiento es de 1957, y elevó la respectiva reclamación en el año 2019 contando con 62 años cumplidos, en consecuencia, resulta inoperante la reactivación de su afiliación, por lo anterior solicita la absolución de los cargos contra ella formulados. Propuso como excepciones de fondo las de «Prescripción y caducidad», «Cobro de lo no debido», «Buena fe» y «Declaratoria de otras excepciones» (Fls. 87 a 91).

De otro lado se advierte que la **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** pese a haberse hecho parte en el presente proceso, fue desvinculada al momento de realizarse el saneamiento del mismo en virtud de que el accionante no estuvo vinculado a la dicha AFP; por lo anterior, se ordenó su desvinculación (Fls. 99 y 113).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de julio del año 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS a través de la AFP PROTECCION S.A, antes DAVIVIR, el 1° de diciembre de 1999, como consecuencia de esto condenó a PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES todos los dineros ahorrados por el demandante en el RAIS, incluyendo seguros y gastos de administración; condenó a COLPENSIONES a tener como afiliado al actor y a actualizar su historia laboral. Condenó en costas a PROTECCION S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que, con base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, la escogencia del régimen pensional debe estar precedida de la libertad y voluntad de escogencia. Por tanto, las administradoras deben brindar sus servicios de manera oportuna, eficaz y eficientemente, lo cual conlleva a la debida información en todas las etapas, desde la antesala de la afiliación, hasta las condiciones para el disfrute pensional, debiendo informar de manera completa y comprensible todos los pormenores; de lo contrario afectaría el derecho irrenunciable a la seguridad social de los afiliados. Agregó en tal sentido, la administradora incurre en engaño al administrado cuando falta a su deber de información, no sólo en lo que afirma, si no en los silencios que guarda, pues el formulario si bien indica que se hizo libre de vicios, la suscripción pre impresa del mismo no es suficiente para dar por terminado el proceso de información. En ese orden, consideró que la AFP demandada no probó su deber de información de manera suficiente, agregando, no cambia dicho panorama que el accionante no haya ejercido el derecho de retracto o haya solicitado el cambio faltando menos de 10 años para

cumplir la edad para pensionarse, pues nada cambia que en 1999 cuando se hizo el traslado de régimen, no se le brindara dicha información. Advirtió igualmente, que la excepción de prescripción no prosperaba en la medida que se trata de un asunto ligado al derecho pensional, que resulta ser imprescriptible.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de PROTECCION S.A. apeló la decisión en lo relativo a la condena a su representada de trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración y el seguro provisional, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a PROTECCION S.A, toda vez que ello se traduce en un perjuicio a su representada, argumentando que dicha AFP administró de manera diligente los recursos del demandante, y que gracias a la gestión de su representada la cuenta de ahorro del demandante se incrementó gracias a los rendimientos. Del mismo modo solicita que se revoque la condena en cuanto a trasladar el seguro provisional, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorros individual del demandante, se pagó un seguro provisional, a una aseguradora para que en caso de un siniestro de invalidez o sobrevivencia, pagará una suma adicional, por esto dicho porcentaje ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y PROTECCION S.A esta imposibilitada de recobrárselo y devolvérselo a COLPENSIONES, considerando que la aseguradora es un tercero de buena fe.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia. Los demás intervinientes en el proceso, guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 20 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actora el 26 de marzo de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de agosto de 2019 (fl. 19), es decir, 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 636 semanas de cotización de aproximadas, (fls. 94 Exp. Adm.) equivalentes a un poco más de 12 años, por lo que no se encontraba en la excepción

[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 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".

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, pretende la parte 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 -RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 01 de diciembre de 1.999 (Fl. 56), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante 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 el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a el demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 56), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (01 de diciembre de 1.999, fl. 56), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

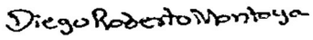
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALBA RUTH SUAREZ CARDONA contra COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-033-2017-00785-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las codemandadas, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 de 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las codemandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ALBA RUTH SUAREZ CARDONA**, pretende como **pretensiones principales** se declare que PORVENIR S.A. la asesoró equivocadamente al afiliarla a dicho fondo trasladándola del ISS; en consecuencia, se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a PORVENIR S.A., se ordene a PORVENIR S.A. a trasladarla a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a dicha entidad; se ordene a COLPENSIONES activarla en su sistema. Como **pretensiones subsidiarias,** se condene a PORVENIR S.A. a pagarle una mesada pensional de vejez, igual o equivalente a la que hubiese recibido en COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que nació el 02 de enero de 1962, que actualmente tiene 55 años de edad, que inició su vida laboral cotizando al

ISS hoy COLPENSIONES un total de 73 semanas; cotizó al sistema general de pensiones un total de 1.187 semanas, así mismo indicó que el 01 de septiembre de 1994 se trasladó del ISS a PORVENIR S.A. y que la razón de su traslado fue por la asesoría brindada por el asesor comercial de dicho fondo, la cual se basó esencialmente en ofrecer una mesada más alta, en informar que el ISS se iba a liquidar, omitiéndosele realizar algún tipo de estudio previo, no se le realizó ningún estudio sobre su pensión probable según consta en su historia laboral, sin señalarse la posibilidad de trasladarse al RPM, las alternativas de ahorro voluntario y cualquier otra clase de alternativa pensional. Adujo que el 21 de noviembre de 2017 solicitó a PORVENIR S.A. su estudio pensional, donde mediante carta de 30 de noviembre de 2017 se le informó que tendría una mesada pensional de $1.862.000, y según simulación de 31 de octubre de 2017 su mesada pensional en el RPM hubiese correspondido a la suma de $6.852.300, por lo expuesto subrayó que existió un vicio en su consentimiento, dado que fue engañada en su buena fe, finalmente advirtió que solicitó a COLPENSIONES su traslado mediante comunicación de 11 de diciembre de 2017, el cual fue rechazado (Fls.1 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, donde manifestó que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, toda vez que, se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para poder efectuar su traslado pensional, aseveró que nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y PORVENIR S.A., por lo que la llamada a responder es esta última. Así mismo argumentó que para la fecha del traslado de la demandante no se encontraba inmersa en ninguna prohibición legal, y en uso de su derecho de libre escogencia de régimen pensional decidió trasladarse, frente a este punto subrayó lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En cuanto a la falta de información por ausencia de proyección de mesada pensional aclaró que estas no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio del consentimiento al momento de su traslado, toda vez que, para esa data no estaba dentro de las opciones que la ley daba, puntualizando dicha obligación nació con el Decreto 2071 de 2015. Finalmente expresó que la demandante permaneció en el RAIS por 23 años ratificando su permanencia en el mismo con derechos y obligaciones tales como el deber de informarse respecto al contrato que estaba suscribiendo de forma voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 59 a 69).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, sosteniendo que la afiliación de la demandante es un acto válido en la medida que suscribió una solicitud de vinculación el 25 de agosto de 1994 de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tal como consta al imponer su firma como señal de su consentimiento, en este punto resaltó que la actora ha sido funcionaria de PORVENIR S.A. desde el25 de agosto de 1994, inicialmente como asesora comercial brindando la asesoría a los potenciales afiliados y en la actualidad como Directora Comercial orientando y preparando a un grupo de asesores para brindar asesorías, concluyendo que conocía todo lo atinente al RAIS, y tenía acceso a los aplicativos y fuentes de información de la entidad. Por otro lado, agregó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, ni por edad, ni por tiempo de servicios, como tampoco tenía una expectativa legitima de pensión, razón por la cual a la fecha de su traslado cualquiera de los regímenes le podía ser más favorable. Finalmente aseveró que no puede tildarse de falsa la manifestación de un asesor del RAIS de obtener una pensión más alta que la RPM, toda vez que, en el cumplimiento de las variables, la edad y el monto de la pensión que se logre alcanzar depende únicamente del afiliado, no siendo este un argumento válido, ni se puede hablar de un error de derecho porque este no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «falta de la causa para pedir e inexistencia de la obligación», «inexistencia del perjuicio alegado», «ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada», «compensación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 90 a 115).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2020, declaró ineficaz el traslado al RAIS, administrado por a AFP PORVENIR, y con esto, la afiliación realizada a la demandante el 25 de agosto de 1994, declaró que la actora se encuentra actualmente en el RPM administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora juntos con sus rendimientos e intereses; ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas descritas y a reactivar su afiliación. Ordenó a PORVENIR S.A. pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, los cuales serán asumidos con su patrimonio; conminó a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas, declaró no probadas las excepciones

de inexistencia del derecho y prescripción, además condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que no hay razones para modificar línea horizontal que ha tomado para la decidir los casos en los que se demanda la nulidad o ineficacia del traslado. Como precedentes normativos referenció los establecidos el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, articulo 13, 114, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, articulo 12 del Decreto 692 de 1994, artículos 1746 y 1604 del código civil, y las sentencias 3083 del 2011, 46292 del 2014, la 52704 del 2018, 46292 de 2017, 55050 de 2015, 54814 de 2018, 68852 del 2019. Así mismo afirmó que, como la afiliación de la demandante se dio con antelación al año 2009, habían de determinarse los alcances del Decreto 663 de 1993 con el denominado deber de información, correspondiéndole el mismo a los fondos de pensiones brindar la asesoría en torno a cuales eran las consecuencias de su traslado, y si los mismos contaban con asesores capacitados para brindar esa información en torno a la toma de decisión en los traslados de régimen. En ese orden, afirmó que, en el caso de autos, entre la demandante y PORVENIR S.A. existió una relación jurídica de afiliación y una relación laboral, en este punto trajo a colación el interrogatorio de parte rendido por la actora, para concluir en torno al deber de información, que la actora declaró que inició a laborar en 1994 en PORVENIR como asesora comercial, sin que se le asesorara acerca de su información pensional, que la capacitación que se le dio fueron algunos folletos y su autocapacitación, que para esa época no era posible obtener cifras de su mesada pensional, que su afiliación fue masiva con más asesores comerciales que iban a prestar sus servicios en PORVENIR S.A., donde obvió que como requisito debía de afiliarse a dicho fondo si iría a prestar sus servicios allí, por lo expuesto el juzgador advirtió que no hay prueba documental de la asesoría brindada a la demandante al momento de su traslado, ni con su declaración se evidenció confesión respecto a temas relativos a la información que se le hubiere brindado, de modo que ese requisito de información no se cumplió. Aunado a ello, aseveró que tal requisito no puede suplirse con el formulario de afiliación; en cuanto a la carga de la prueba arguye que los elementos de juicio que allegaron son insuficientes por no acreditarse con los mismos el deber de información, finalmente enfatizó en que se debe de tener en cuenta que la actora ocupó el cargo de asesora y de manera posterior el de directora comercial de pensiones de PORVENIR S.A., no obstante acusó que tal condición no era eximente para que el momento del traslado debía ser informada de la existencia de los dos regímenes pensionales en su situación particular, así mismo indicó que a pesar de que tuvo la posibilidad de una doble asesoría esta no se presentó con anterioridad.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque integralmente la sentencia de primera instancia absolviéndose de la misma, argumentando que ordenar un traslado en las condiciones de la demandante en donde no se evidencia un vicio del consentimiento y más aún cuando se ha ratificado en más de 20 años su deseo de permanecer en el RAIS no solo como afiliada si no como una experta en la materia como Directora Comercial de pensiones obligatorias de la AFP, resultaría totalmente contrario a las normas y regulaciones de la materia, así las cosas aseveró que se omitió el hecho de que al momento de su afiliación de la demandante no había cumplido con requisito alguno para acceder a la pensión de vejez, no siendo beneficiaria del régimen de transición por edad ni tiempo de servicio, ni tener una mera expectativa, ni un riesgo por traslado. En este punto recordó que, en cualquier régimen para concretar un derecho depende del afiliado y de su comportamiento frente al sistema en virtud del cumplimiento de sus requisitos que la misma ley ha ordenado, siendo esto una obligación frente a su futuro pensional y más aún cuando para época de la asesoría era impartida por la demandante en desarrollo de sus funciones como asesora teniendo pleno conocimiento del mismo. Acusó que está más que acreditado la consciente aceptación, libre y espontánea y sin presiones por parte de la demandante, como prueba de esto aparte de su firma en el formulario de afiliación, indicó que se tiene el hecho de no realizar ningún acto de no aceptación o rechazo de afiliación y traslado, ni hacer uso de su derecho a retracto.

De igual forma resaltó que los pronunciamientos de la corte están encaminados a personas legos en la materia, situación que no se aplica con la actora habida cuenta que lleva más de 16 años ejerciendo como trabajadora de la AFP PORVENIR S.A. advirtió que esta experticia y conocimiento es un diferenciador total por lo que fue instruida y capacitada en la Ley 100 de 1993, por lo que al momento de su traslado ya poseía estos conocimientos como afiliada y asesora del fondo con el fin de poder ejercer su cargo y así asesorar y guiar a los posibles afiliados o los ya afiliados, así mismo subrayó que tenía acceso desde el inicio a todas las herramientas técnicas, sistemas y canales de comunicación para conocer todo lo concerniente a su pensión; concluye argumentando, que lo anterior se corrobora con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, por lo que no hay razón para declarar la nulidad alegada.

El apoderado judicial de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque de manera total la sentencia de primera instancia y se absuelva

de las mismas, donde informó que encontró inconformidad con la tesis del despacho básicamente con los precedentes jurisprudenciales, toda vez que los mismos fueron utilizados para aquellas personas que en su momento tenían una expectativa legitima o régimen de transición para su reconocimiento pensional o se le hubiese realizado algún daño o perjuicio sobre sus derechos pensionales, situación que arguye no se presentó, por lo que no hubo lugar a acogerse al mismo, reinvirtiéndose así la carga de la prueba, en este punto manifestó que no existió algún engaño o mala información dado que la actora era una profesional quien ejerció el cargo de directora comercial en pensiones de la AFP y por tanto en vista de su condición se presumía que tenía el conocimiento para la fecha de su traslado de las diferencias entre los dos regímenes pensionales, aunado a ello, resaltó que del interrogatorio de parte rendido por la demandante mencionó que una vez se trasladó y vinculó a PORVENIR S.A. había estudiado por su cuenta, además de la capacitaciones rendidas por el fondo, donde enfatizó que la misma sabía de las características de uno y otro régimen, finalizó diciendo que sí en algún momento la actora sintió afectación a la hora de su traslado tuvo todo este tiempo para ejercer su derecho de retracto o regresar a COLPENSIONES omitiendo su deber antes de la prohibición del cumplimiento de la edad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la demandante como las codemandadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos al indicado en su demanda, y las apelaciones respectivamente; la primera solicitando se confirme la decisión tras insistir en que no se suministró una información suficiente, clara, oportuna y cierta, comprensible, autónoma, consciente y objetiva al momento del traslado de régimen pensional, en cuanto a la codemandadas solicitaron que se revoque la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 14 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora es el 02 de enero de 1962 (fol.14), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el 02 de enero de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 11 de diciembre de 2017 (Fl. 41), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 65.14 semanas de cotización (fls. 23 y 72), equivalentes a un poco más de un (1) año, por lo que no se

[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 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".

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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 25 de agosto de 1994 (Fl. 119), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 119), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. esto no constituyen 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 las demandadas PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues como lo manifestó, hizo la afiliación porque era un requisito para entrar a trabajar con PORVENIR, pero que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), no le dieron información, «*sencillamente me dijeron que me debía afiliar para que me empezaran a cancelar el tema de la seguridad social*», pero que cuando se afilió, no tenía el conocimiento de la diferencia entre los dos regímenes, de modo que fueron esas circunstancias las que la llevaron a

tomar la decisión del traslado, no porque se le haya brindado la información en los términos atrás indicados.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 25 de agosto de 1994 (fl. 119), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

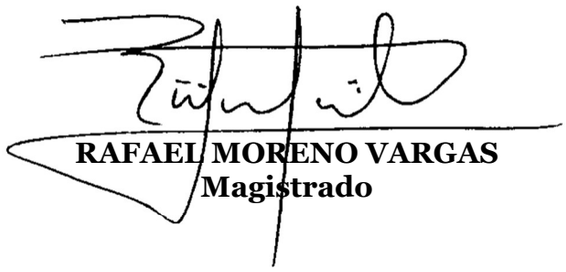
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

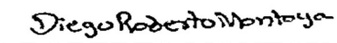
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NANCY LÓPEZ DE BONILLA contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. Rad. 110013105-037-2018-00155-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada, COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo del 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **NANCY LÓPEZ DE BONILLA**, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada a la Administradora de Fondo de Pensiones -AFP COLFONDOS S.A., efectuada el 20 de febrero de 2001 por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales -ISS, a dicha entidad; como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus furtos e intereses, los rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual como si nunca se hubiere trasladado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó la demandante haber nacido el 29 de septiembre de 1960, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, el 18 de enero de 1983, cotizando hasta el 31 de mayo de 2000 un total de 877.14 semanas válidas para pensión. Sostuvo que, en el mes de febrero de 2001, la asesora comercial de la

AFP COLFONDOS S.A. la visitó en su sitio de trabajo para que se trasladara del RPMPD al RAIS sin ofrecerle una asesoría profesional, clara completa y suficiente; ésta le indicó que al momento de pensionarse obtendría una mesada superior y en menor tiempo a la que reconocería el ISS, sin realizar proyecciones comparativas para ilustrarla si era conveniente o no el cambio de régimen. Se le indicó igualmente que el ISS se iba a acabar y por ello, el 22 de febrero de 2001 firmó el formulario de traslado, en tal sentido, sostiene que se omitió el consentimiento informado al inducir el traslado valiéndose de información insuficiente y engañosa. DE otro lado indica que el 12 de enero de 2018 obtuvo una simulación pensional por parte de COLFONDOS de $830.000, no obstante, en COLPENSIONES sería de $1.302.437 lo cual pone de manifiesto la inequidad y afectación a su mínimo vital, lo cual justifica la nulidad del traslado (Fls. 02 a 08).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente, que no existe prueba que permita establecer la veracidad de la conducta omisiva de la AFP COLFONDOS S.A., por tanto, la afiliación al RAIS cuenta con plena validez, agregando que no sólo se debe estudiar las conductas de las AFP, sino también la de sus afiliados quienes deben propender por aclarar cualquier duda sobre su situación pensional. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 68 a 73).

COLFONDOS S.A, por su parte, contestó la demanda oponiéndose a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, como quiera que carece de fundamentos fácticos y jurídicos; advirtiendo que la demandante tiene una cuenta activa en COLFONDOS, producto de un traslado de AFP proveniente de la AFP PORVNIR, por lo tanto, la afiliación que ocasionó el traslado de régimen de la demandante fue dicha AFP, siendo entonces la encargada de brindar asesoría a la demandante respecto de las consecuencias del cambio de régimen; tanto la afiliación a COLFONDOS S.A fue un traslado entre administradoras del RAIS. De otro lado, manifestó que aunque la afiliación es completamente válida y obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley, no se opone a la solicitud de cambio de régimen, siempre que no sea condenada en costas. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado», «no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida», «buena fe», «validez de la

afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 104 a 117).

Mediante auto del 19 de febrero de 2019, el Juzgado de conocimiento ordenó vincular al proceso en calidad de litisconsorte necesario a la **AFP PORVENIR S.A.** (fl. 141), entidad que contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la afiliación de la actora como traslado de régimen del RPM al RAIS, se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por el ente vigilador y controlador, aunado a ello, no se acredita dentro del plenario prueba sumaria siquiera que conduzca a lo deprecado por la demandante. Sumado a que, para la Ley y la Jurisprudencia, se requiere demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero, en el presente caso, no se dan dichos presupuestos en la medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 156 a 167).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del dos (02) de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR que tuvo como fecha el 31 de mayo de 2000, como consecuencia de ello, estableció que la afiliación válida de la demandante corresponde al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES. Condenó a COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional si a ello hubiere lugar y rendimientos financieros; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado aceptando todos los valores que remita COLFONDOS.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró conforme a la jurisprudencia laboral de la CSJ SL, las AFP tienen el deber de información independientemente de si tiene o no alguna circunstancia particular como el hecho de tener un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo o no a pensionarse, resaltando que la obligación de informar aplica para todos los afiliados; consideró que PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, sin que del formulario correspondiente se derive

tal hecho, pues de allí no se refleja el deber de información, acto que no se convalidó con la afiliación posterior a COLFONDOS, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Advirtió igualmente, que la excepción de prescripción no prosperaba en la medida que se trata de un asunto ligado al derecho pensional, que resulta ser imprescriptible.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **COLPENSIONES**, apeló la decisión, argumentando que de aceptarse el traslado a esta entidad se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que si bien es cierto la CSJ SL ha impuesto el deber del buen consejo y cuidado por parte de las AFP, también lo es que los afiliados tienen obligaciones que nacen incluso en su calidad de ciudadanos; y la información que extraña no haber recibido la demandante se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, la cual es de conocimiento público y obligatorio cumplimiento, que la demandante siendo una persona capaz dio cuenta de un consentimiento informado que se traduce en las consecuencias de su decisión. De este modo indicó que el acervo probatorio da cuenta que la demandante tuvo la oportunidad de recibir asesoría pensional por parte de varios fondos y escogió a PORVENIR, por sus rendimientos; además indicó, no puede perderse de vista que el RAIS no tiene una prestación definida, por lo tanto eso no constituye ninguna omisión, el monto final de su mesada pensional depende de sus propios esfuerzos y esas consecuencias fueron dadas a conocer a la misma, tanto es así que al brindarle la misma prebenda en COLFONDOS, tiempo después decidió trasladarse a esta, por ello, debe tenerse por probado el cumplimiento del deber legal de información, incluso si se estudiara desde los términos de la ineficacia, es conocido que las cosas deberían volver a su estado anterior y la actora desde la demanda dirige el engaño pero por parte de COLFONDOS, no por parte de PORVENIR. Además evidencia que su único reparo de descontento radica en el monto de la mesada pensional, de modo que a su juicio se probó el deber de información acorde con la normatividad vigente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones, COLPENSIONES en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de igual modo, la AFP PORVENIR S.A solicita la revocatoria de la sentencia, bajo el entendido que no se acreditó la existencia

de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C., sumado a que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, por el contrario, en el interrogatorio de parte el demandante aseveró haberlo firmado de manera libre y voluntaria; también manifestó. Preciso es mencionar que, el demandante nunca hizo ningún trámite para retornar al régimen de prima media.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

[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

A folio 09 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 09 de septiembre de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 09 de septiembre de 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante tanto a COLPENSIONES como a COLFONDOS en el mes de junio de 2017 (Fls. 22 a 25), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 575 semanas de cotización de aproximadas, (fls. 12 y 74 a 91) equivalentes a un poco más de 11 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, pretende la parte 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 31 de mayo de 2.000 (Fl. 169), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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.

---

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 169), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó

suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (31 de mayo de 2.000, fl. 169), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

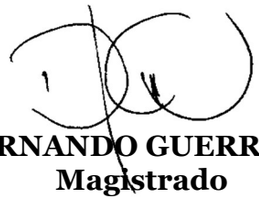
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTA RUTH MIRANDA REDONDO contra COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-011-2018-00202-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las codemandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA RUTH MIRANDA REDONDO**, pretende se declare la nulidad de su traslado al RAIS realizado el 18 de mayo de 2000 en la AFP PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de lo anterior, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor completo de sus cotizaciones, rendimientos financieros y el saldo de su cuenta individual durante su vida laboral; se ordene a COLPENSIONES a recibir los dineros trasladados por PROTECCIÓN S.A.; lo ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 12 de septiembre de 1962, trasladándose por falta de asesoría el 18 de mayo de 2000 del RPM al RAIS en la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad que omitió informarle de manera clara, diáfana y objetiva que le era más favorable para acceder a un mejor monto de su pensión pertenecer al RPMPD, tras considerar que el monto de su pensión seria mucho menor en el RAIS, informó que PROTECCIÓN S.A. mediante asesoría generalizada el

21 de diciembre de 2017 le manifestó que realizada la proyección pensional su mesada sería de $1.010.007 en el RAIS y en el RPMPD su mesada pensional correspondería a $3.089.121. Finalmente indicó que solicitó la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS ante PROTECCIÓN S.A. el 26 de enero de 2017 y ante COLPENSIONES el 26 de enero de 2017, sin obtener respuesta hasta la fecha (Fls.1 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se le absuelva de las mismas, para ello manifestó que no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento al momento de suscribir el formulario de traslado, encontrándose sujeto a derecho, sin evidenciarse nota de protesto o anotación sobre constreñimiento o presiones indebidas, añadiendo, su trasladó de régimen estaría afectando sus intereses y la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la de los potenciales pensionados que han aportado al RPMPD durante toda su vida laboral, finalmente subrayó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por no acreditar la edad ni el número de semanas cotizadas y se encuentra dentro de la prohibición legal de retornar al RPMPD, por cuanto al momento de solicitar su traslado el 26 de enero de 2018 le faltaban menos de 10 años para cumplir con la edad pensional. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho para regresar al RPMPD», «prescripción», «caducidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 60 a 77).

Por su parte, la demandada **PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello, sostuvo que las disposiciones normativas que regulan el RPMPD y el RAIS son claras al señalar cuales son las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes por lo que no resulta viable la configuración de un error de derecho sobre la especie del acto o el objeto, o un error de hecho sobre la calidad del objeto, así mismo anotó que en caso de existir nulidad alguna, la misma estaría saneada, por la ratificación de la demandante en su interés de permanecer en el RAIS, confirmada con la continuidad en la realización de aportes a seguridad en el RAIS, en atención a lo dispuesto en el artículo 1743 del Código Civil. Finalmente informó que para la fecha del traslado inicial de régimen pensional de la demandante en SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. no se encontraba establecido el deber de información en la normatividad vigente, solo a partir de la expedición del Decreto 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015

se adquirió el deber de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «compensación» (Fls. 95 a 107, 131 a 132).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2020, declaró ineficaz la afiliación de la demandante efectuada ante la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. suscrita en mayo de 2000; declaró que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores o haberes que se encuentren en la cuenta de Ahorro Individual de la demandante, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales con intereses y rendimientos que se hubieren causado; ordenó a COLPENSIONES admitir el traslado de la demandante con sus aportes al RPMPD; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. por la suma de $1.000.000.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló lo establecido en el precedente jurisprudencial estipulado en las sentencias con Rad. No. 31989 de 2008, 33083 de 2011, SL 4964 de 2018, SL 1452 de 2019, para indicar que el caso de autos debe analizarse desde la carga de la prueba que se encuentra invertida y recae sobre las administradoras del RAIS, quienes deben de demostrar que brindaron o suministraron información completa, comprensible, pertinente y veras al potencial afiliado sobre las características, beneficios o ventajas que le acarrearía el traslado de régimen pensional, en este orden, informó que el fondo privado PROTECCIÓN S.A. únicamente allegó el formulario de afiliación de la actora suscrito en mayo del 2000, añadió que del interrogatorio de parte rendido por la demandante, se extraía que la información suministrada fue mínima, con un tiempo de duración de menos de 5 minutos en la institución educativa donde presta su fuerza de trabajo, por lo que, no se demostró el contenido y alcance de la información suministrada por la demandada, incumpliéndose la carga probatoria por parte de la accionado.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se modifique el numeral tercero de la sentencia respecto de ordenar trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración que fueron descontados durante la vinculación de la demandante, para ello, argumentó que la comisión de administración es aquella que cobra la AFP por administrar los aportes

que ingresan a la cuenta de ahorro individual de sus afiliados y que de cada aporte que se ha realizado al Sistema General de Pensiones se ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración y pagar el seguro previsional de la compañía de seguros contratada, disposición que se encuentra regulada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, informó que durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada al fondo se han administrado los dineros que depositó con la mayor diligencia y cuidado, generando rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual, por lo que, en su sentir, lo único procedente frente a la declaratoria de ineficacia y nulidad del traslado al RAIS, sería la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la actora, más los rendimientos financieros.

El apoderado judicial de COLPENSIONES, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la misma, para ello manifestó que la decisión tomada quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, generando con ello desfinanciación de Colpensiones y genera un quebrantamiento de la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían cotizando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo, desdibujando el RPMPD, toda vez que, el patrimonio público entraría a pagar la pensión de la demandante, dado que, su ahorro se hizo de manera individual y el mismo no ayuda a financiar las pensiones de los demás afiliados y el ahorro no sería suficiente para financiar su propia pensión. Finalmente expone que en el caso de declarase la nulidad, solicita se contemple la posibilidad de realizar el cálculo actuarial a cargo del fondo responsable del vicio o del demandante para soslayar la descapitalización del sistema.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos al indicado en su demanda, solicitando se confirme la decisión tras insistir en que no se suministró una información suficiente, clara, oportuna y cierta, comprensible, autónoma, consciente y objetiva al momento del traslado de régimen pensional, y en cuanto a las codemandadas estas guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de

lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 13 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 12 de septiembre de 1962, por lo que la edad de 57 años la cumplió el 12 de septiembre de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 26 de enero de 2018 (fls. 19 y 20), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 293.74 semanas de cotización (fls.

[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 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".

42 a 46), equivalentes a casi seis 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 18 de mayo de 2000 (Fl. 108), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A..

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 108), plasmado en el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. esto no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 18 de mayo de 2000 (fol. 108), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de

administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, 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, los cuales compensan las cargas que no tiene que asumir la accionante al haber dejar dejado de cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, lo cual hace innecesaria la realización de cálculo actuarial alguno como lo sugiere el recurrente.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

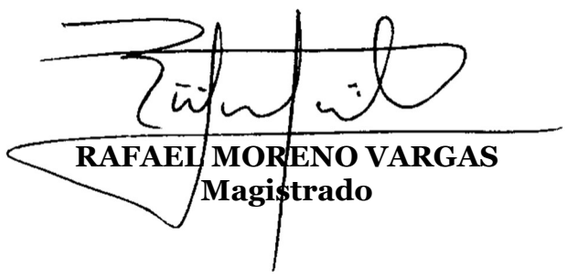
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

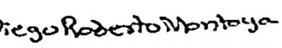
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ ALBA VIVAS CIFUENTES contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-014-2018-00519-01.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el artículo 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ ALBA VIVAS CIFUENTES**, pretende se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS efectuado el 1° de febrero de 1995 a la AFP CITI COLFONDOS hoy COLFONDOS y como consecuencia de lo anterior, se condene a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de sus aportes pensionales realizados durante su vida laboral; así como toda la información obtenida de sus aportes desde la fecha de su traslado hasta su último ciclo de cotización acreditado en su cuenta de ahorro individual y hasta que se surtan los tramites del proceso; se condene a COLPENSIONES a anular el registro de su traslado así como recibir y registrar en sus bases de datos la información correspondiente de los aportes realizados durante su vida laboral; además se condene en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó en síntesis que se afilió al Instituto de Seguro Social -ISS el 18 de noviembre de 1985, suscribiendo formulario de traslado

de régimen con CITI COLFONDOS hoy COLFONDOS, el 1° de febrero de 1995, sin recibir la información y asesoría, ni las explicaciones sobre las diferencias entre regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993; tampoco recibió información acerca de los requisitos exigidos en el RAIS para acceder al derecho a su pensión de vejez en sus diferentes modalidades, ni proyección del monto o valor de su mesada pensional en el RAIS. Finalmente informó que actualmente está vinculada en PROTECCIÓN S.A., entidad a la que solicitó realizar una proyección de su mesada pensional en los diferentes regímenes, arrojando que en el RAIS su mesada pensional sería de $1.198.499 y en el RPMPD su mesada pensional correspondería a $2.559.258 (Fls. 48 a 52 y 55 a 59).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **PROTECCIÓN S.A** contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que la afiliación de la demandante a esta AFP es plenamente valido y eficaz, toda vez que, se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, la cual estuvo precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, donde a través de su firma en el formulario de vinculación plasmó la manifestación de su voluntad, ratificando se pertenencia en el RAIS durante todos estos años. Por lo anterior, puntualizó que no existe vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración del acto jurídico, aunado a ello, informó que la actora no puede trasladarse por encontrarse inmersa en la prohibición legal de estar a menos de 10 años para pensionarse, además de no cumplir con los requisitos de semanas y edad para ser beneficiaria del régimen de transición de acuerdo a lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «irretroactividad de las normas jurídicas», «falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPM», «inaplicabilidad del precedente judicial y NO inversión de la carga de la prueba» e «innominada o genérica» (Fls. 93 a 99).

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, manifestando que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones su formulario de afiliación en la AFP COLFONDOS y posteriormente en PROTECCIÓN S.A., ratificando su pertenencia en el RAIS por más de 23 años, aclaró que es improcedente el traslado de la demandante por cuanto la solicitud del mismo se presentó el 6 de junio de 2018, cuando contaba con 54 años de edad, estando a menos de 3 años para cumplir la edad de pensión, y no

contar con los requisitos de edad y cotizaciones al 1° de abril de 1994 para ser beneficiaria del régimen de transición. Finalmente señaló que mediante el derecho de libre escogencia de régimen, el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones en las que se encuentran inmersa y el desconocimiento de cualquiera de sus disposiciones no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «excepción de error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 115 a 129, 156 a 158).

Finalmente, la demandada **COLFONDOS S.A.** contestó igualmente la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello, sostuvo que a la demandante se le brindó una asesoría integral sobre todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, las características, su funcionamiento, la rentabilidad, las diferencias, ventajas y desventajas entre el RAIS y el RPMPD. Así mismo, anotó que el traslado de la actora no se efectuó bajo ningún vicio del consentimiento, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y bajo consentimiento expreso, confirmando su pertenencia al sistema; anotando, de llegarse a la conclusión que la vinculación se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento, en la actualidad la misma estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil y el artículo 151 del CPTSS. Finalmente añadió que no son procedentes la devolución de las cuotas de administración, toda vez que, por mandato legal se establecieron las mismas según lo estipula la Ley 100 de 1993 artículos 13 y 20. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 134 a 146).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; declaró que ningún efecto jurídico sufrió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al RPMPD; ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar el saldo total de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que de acuerdo a lo establecido en el precedente jurisprudencial señalado en las sentencias con Rad. No. SL 1688, 1689, 3464, 4360 del año 2019, el deber de información se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones, que no solo tiene como propósito el de escoger la mejor opción del mercado, sino del poder tomar decisiones informadas, no obstante señaló que de las pruebas aportadas al plenario no podía establecerse con certeza que la información brindada a la demandante haya sido informada y consciente, sustrayéndose de lo preceptuado en el formulario de traslado, faltando la AFP a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo tanto, había lugar a la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., presentaron alegatos de conclusión. La parte actora en el sentido que se confirme la decisión, en tanto y en cuanto quedó probado que la actora no recibió por parte de la AFP COLFONDOS información clara, completa y comprensible que le permitiese tomar una decisión informada al momento de la afiliación. Por su parte COLPENSIONES, solicita que se revoque la decisión al estar acreditado en el proceso que la actora firmó el formulario de afiliación de la AFP, de manera libre, sin presiones y de manera voluntaria, pues ese era el requisito de la época del traslado. En similares términos la AFP PROTECCIÓN presentó sus alegatos, agregando que ante una eventual condena, no habría lugar a la devolución de los gastos de administración, rendimientos financieros y prima del seguro previsional, advirtiendo que sobre estos opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folios 157 y 161 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 16 de agosto de 1963, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el 16 de agosto de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 12 de junio de 2018 (Exp. Adtivo. folios 157 y 161), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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,

[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 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".

contaba con 393.91 semanas de cotización (fls. 110 a 113), equivalentes a casi ocho (8) 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 6 de enero de 1995 (Fl. 131), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 131), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. esto no constituyen 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 COLFONDOS S.A

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A omitió en el momento del traslado de régimen 6 de enero de 1995 (Fol. 131), 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 ello deriva

en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos en los alegatos en esta instancia por la AFP PROTECCIÓN en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento.

Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado EFRAIN LESMES ESCOBAR contra COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-004-2019-00476-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de enero de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **EFRAIN LESMES ESCOBAR**, pretende se declare la ineficacia de su afiliación a COLFONDOS S.A., al haber sido inducido a grave error, al haberle omitido información completa, veraz e imparcial sobre beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS; en consecuencia, se declare vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, ordenándose a COLPENSIONES tenerlo como afiliado. Se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados con los rendimientos generados incluyéndolos en la historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 20 de abril de 1958 y efectuó aportes a pensión al ISS entre el 1° de mayo de 1980 y el 13 de febrero de 1998, acumulando un total de 508,71 semanas y por ello tenía la expectativa legítima de pensionarse en el RPMPD a los 62 años de edad con 1300 semanas. Refiere que el 27 de marzo de 1998 se trasladó al RAIS a la AFP

COLFONDOS S.A., el promotor de COLFONDOS S.A., al momento de la asesoría no se le prestó la información con la trasparencia necesaria en la exposición de razones, para garantizar el derecho del afiliado a la toma correcta de la decisión de selección de régimen pensional, pues no le presentó proyecciones del monto de la pensión, ventajas o desventajas que se podrían originar al hacer el traslado del régimen pensional; no se le indicó que por efecto del traslado perdería todos los beneficios especiales y generales del RPMPD y sus consecuencias; se le indicó que podría pensionarse a la edad que quisiera, con el valor de la mesada que no afectaría las expectativas que traía del régimen que tenía. De igual modo, le manifestó que se podría ver afectado en el derecho a su pensión, de estar vinculado al ISS, pues esta entidad iba a desaparecer. Manifestó tener cotizadas al RAIS 827,29 semanas a febrero de 2019, por lo que cuenta con 1.406 semanas en ambos regímenes pensionales. Sostiene que durante la afiliación a COLFONDOS tampoco recibió información relacionada con su expectativa pensional, omitiéndosele el hecho que al cumplimiento de los 52 años de edad podría tomar la determinación de trasladarse al RPMPD sin ningún impedimento legal por resultarle favorable. Informó que el 11 de abril de 2019 solicitó ante COLFONDOS los estudios técnicos tenidos en cuenta al momento del traslado para las proyecciones de su pensión, así como el informe sobre la rentabilidad anual obtenida por sus aportes, cálculo pensionales, constancia de asesoría e información suministrada al momento de la vinculación al fondo, hoja de vida del promotor, sin embargo sólo se informó que la asesoría brindada era verbal y que el monto de la pensión sería de $1.656.041, sin embargo, la pensión en el RPMPD sería de $2.307.820 sobre un IBL de $3.471.450 y una tasa de remplazo del 66.48%; por tal motivo, el 10 de mayo de 2019 le solicitó a COLFONDOS se declarara la ineficacia de la afiliación, al mismo tiempo que comunicara a COLPENSIONES sobre la reactivación de su vinculación al RPMPD trasladándole el capital obrante en la cuenta de ahorro individual. En similares términos peticionó ante COLPENSIONES el 13 de mayo de 2019, sin embargo, dichas peticiones fueron contestadas de forma negativa (fls. 3 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, debido a que al actor si se le presentó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto a todas las consecuencias que acarreaba el traslado de afiliación, agregando que es posible declarar la invalidez de un acto jurídico que siguió todas las disposiciones legales, además, al actor en ningún momento se está vulnerando su derecho pensional, pues puede obtener una pensión

en el RAIS; agrega igualmente, que el demandante suscribió el formulario de vinculación de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna, donde quedó claramente plasmado su consentimiento en señal de aceptación. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir contra de sus propios actos» (Fls 51 a la 74).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en razón a que el traslado de régimen del demandante se dio libre de todo vicio del consentimiento y no se ha probado ninguna causal que conlleve a la nulidad de la afiliación; además el señor EFRAIN LESMES ESCOBAR no hizo uso de la posibilidad que tenía para cambiarse de régimen. Lo anterior aunado al hecho que COLPENSIONES es una institución ajena a los fondos privados, por lo cual, y en caso de declararse la nulidad, son los fondos privados quienes deben responder al demandado por los daños ocasionados sin perjuicio de un fondo que no tuvo injerencia ni en la afiliación, ni en el traslado de régimen. Como excepciones de fondo, presentó las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «buena fe de COLPENSIONES», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «compensación», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 85 a la 93).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de enero de 2020, decidió declarar la nulidad de la afiliación y, por consiguiente, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante por todo concepto y a COLPENSIONES a aceptar el traslado.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, expuso que sobre el particular era aplicable lo expuesto por la jurisprudencia de la CSJ SL, en el entendido que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, que se requiere que el fondo privado hubiere suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de la situación pensional de la persona, lo que implica no

solo lo favorable sino todo aquello que puede perder o serle lesivo al momento de solicitar un traslado. Por otra parte, indica que como quiera que el demandante desde el momento de la presentación de la demanda indicó que no se le había otorgado la información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, exponiendo que como pruebas documentales relevantes solo se aportaron dos: una, el formulario de afiliación en COLFONDOS S.A del demandante y dos, la historia laboral del actor, aunado a ello resalta que a la AFP COLFONDOS le correspondía desplegar alguna actuación en el proceso con el fin de demostrar que en la fecha de traslado del demandante, le hubiera suministrado una información completa al actor con las características señaladas por la Corte Suprema de Justicia, indicando que en este caso no se acreditó una información diferente al formulario de afiliación por lo que resulta pertinente declarar la nulidad de afiliación. Finalmente, indicó que de acuerdo a lo dispuesto por la CSJ SL, las consecuencias de la declaratoria de la nulidad por la conducta indebida de la administración era que esta debía de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, dentro de ellos están los gastos de administración e indicó que no operaba la excepción de prescripción, toda vez que la nulidad de traslado no está sometida a prescripción que surge en materia laboral, ello por corresponder a un asunto que está ligado a un derecho pensional que aún no se ha causado por lo que resulta imprescriptible.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como la accionada Colpensiones presentaron alegaciones; Colpensiones solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y la parte actora requirió la confirmación de la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 13 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 20 de abril de 1958, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 20 de abril de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS el 11 de abril de 2019 (fls. 23 a 26) y a COLPENSIONES el 10 de mayo de 2019 (Fls. 27 y 32), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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

[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 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".

los autos contaba con 307 semanas de cotización (fls. 18 y 95), equivalentes a un poco más de 6 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, pretende la parte 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 27 de marzo de 1998 (Fl. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante 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 el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 21), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de marzo de 1998, fl. 21), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL

TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por el juez a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

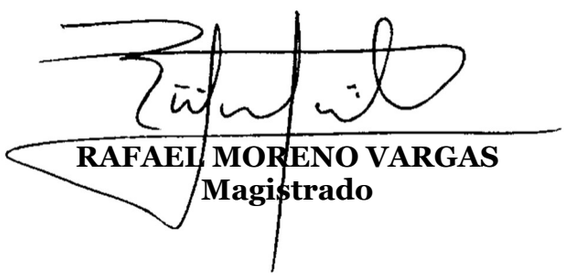
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BEATRIZ HELENA SANTOS LADINO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN COLPENSIONES. Rad. 110013105-032-2019-00165-01

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de septiembre de 2020. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **BEATRIZ HELENA SANTOS LADINO** pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada el 30 de octubre de 1996 al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y los traslados entre administradoras del RAIS; en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. De igual modo, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la accionante la pensión de vejez, así como el retroactivo pensional a que haya lugar, sus respectivos reajustes, e intereses moratorios sobre las mesadas pensionales atrasadas, de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas del proceso y lo que ultra y extra petita resulte del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 16 de diciembre de 1960 e iniciado su vida laboral cotizando al ISS hoy COLPENSIONES desde el 30 de noviembre de 1984, alcanzando 551 semanas a fecha del 27 de enero de 2015. Sostuvo que, el 30 de octubre de 1996, suscribió formulario de traslado con destino a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., pero sin haber recibido asesoría alguna, pues no se le informaron las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, de la misma forma se omitió informarle que la fecha de rendición normal de su bono pensional sería a la edad de 60 años, como tampoco se le informó la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas en el RAIS y la inconveniencia de trasladarse de régimen en su caso particular, por este motivo, considera que su decisión de vinculación al RAIS, no estuvo precedida de una comprensión suficiente, y menos de real consentimiento para adoptarla. Agregó que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, PORVENIR S.A. no le informó que podía regresar al régimen de prima media dentro del año siguiente sin la necesidad de acreditar 15 años de servicios. Que desde el mes de agosto de 2000 y hasta agosto de 2003 cotizó al ISS expresando así su voluntad de regresar al RPMPD, sin embargo, dichos aportes fueron trasladados a PORVENIR S.A. bajo la figura de no vinculados. Informó que ha cotizado al RAIS 1003 semanas al 14 de febrero de 2018, para un total de 1.554 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Por lo expuesto, mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2018, solicitó ante COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes efectuados de la cuenta de ahorro individual y en consecuencia le fuera reconocida la pensión de vejez, solicitud que fue negada, adicionalmente COLPENSIONES se negó estudiar el reconocimiento de pensión de vejez (fls. 2 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda sin oponerse ni allanarse, como quiera que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se brindó asesoría del RAIS. De otro lado, se opone al traslado de régimen por cuanto este se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante, de manera que deberá probarse por esta el vicio en el consentimiento aludido para efectos de determinar si procede el retorno al RPMPD, máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al fondo privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión. En tal medida, estimó que al estar la demandante válidamente afiliada al RAIS, es PORVENIR S.A. la entidad que debe efectuar el estudio y reconocimiento de la pensión de vejez solicitada. Que de llegarse a declarar la nulidad por vicios en el

consentimiento, no resulta procedente la condena por concepto de intereses moratorios, cuando el problema jurídico en discusión tiene origen en la omisión de la información del fondo privado. Propuso como excepciones de mérito las de «Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «Buena fe de COLPENSIONES», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Inexistencia del derecho reclamado», «Compensación», «prescripción» e «Innominada o genérica» (Fls. 42 a 53).

PORVENIR S.A, por su parte, contestó la demanda con oposición a que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación de la actora, por cuanto no existe prueba en el expediente, al menos sumaria, que soporte lo pretendido por la demandante, siendo la afiliación efectuada, verificada con el lleno de los requisitos establecidos por la ley 100 de 1993, siendo necesario demostrar que la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente proceso, no se dan dichos presupuestos, no obstante en caso de ser declarado, señala que no hay lugar a condena frente los intereses sobre los aportes realizados, toda vez que son rendimientos que solo son percibidos en el RAIS y que no hubiera tenido lugar a reconocimiento en caso de haber permanecido en el RPMPD y al reconocer intereses se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y empobrecimiento a esta AFP, agregando, no existen presupuestos fácticos que invaliden la afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «Innominada o genérica», «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones». (Fls. 81 a 87).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de septiembre del 2020, declaró probadas las excepciones de buena fe y cobro de lo no debido formuladas por COLPENSIONES y no probadas las demás excepciones. Declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante el 30 de octubre de 1996, como su posterior traslado entre administradoras del RAIS, y como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar. Ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, finalmente, condenó en costas a la demandada PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que el deber de información ha existido desde la creación de los fondos de pensiones, y el cumplimiento de este deber debe demostrarse en el proceso por parte de los fondos, dicha información debe contener aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, agregando, el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de información, como tampoco la actuación viciada se convalida en el traslado entre administradoras del RAIS, además indicó que el derecho de solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, y para el caso en concreto, brillan por su ausencia pruebas que den cuenta de la información que se le brindó a la demandante al momento de su afiliación al RAIS, de igual forma la demandante en su interrogatorio explicó que la única información que recibió fue que el ISS se iba a acabar, reiteró que el formulario no es prueba del cumplimiento del deber de información. Frente al reconocimiento de la pensión de vejez, señaló que para la fecha de esta decisión la actora tiene cumplidos 59 años de edad, y cuenta con más de 1.600 semanas cotizadas, teniendo causado el derecho a la pensión, no obstante, conforme al Decreto 759 de 1990, para el disfrute de la pensión se requiere el retiro del sistema general de pensiones y a la fecha se encuentra activa laboralmente y cotizando, razón por la cual, no es posible acceder a la pensión de vejez, retroactivo pensional, ni intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante apeló la decisión en torno al derecho pensional solicitado, considerando que existe una contradicción entre la parte considerativa y la parte resolutiva de la sentencia, toda vez que se encuentra acreditado el derecho a la pensión de vejez, tal como como el despacho lo estableció, pues resulta diferente la causación del disfrute, cuando se encuentra plenamente acreditada y constituye una de las pretensiones de la demanda, considerando que es posible declarar y condenar a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez con las reglas para su disfrute, razón por la cual, solicita al Tribunal condenar a COLPENSIONES a reconocer dicha prestación.

La accionada PORVENIR S.A. apeló la decisión, argumentando que para el momento del traslado de régimen, existía la obligación para las AFP de ponerle de presente a los afiliados al momento del traslado, si se generaba algún perjuicio o si tenía alguna calidad especial, como ser beneficiario del régimen de transición, no siendo este el caso de la accionante, de igual forma consideró que para la fecha del traslado la normativa vigente no exigía requisito diferente al formulario de inscripción, siendo este el medio para demostrar que se le brindó la información.

Finalmente COLPENSIONES apeló la decisión solicitando que se revoque parcialmente la sentencia, toda vez que COLPENSIONES es un tercero, por tanto, no debe ser favorecida ni perjudicada, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la accionante, en consecuencia, solicitó que no se condene a recibir a la accionante como afiliada de nuevo, pues se estaría afectando el equilibrio del sistema general de pensiones. Por otro lado, señaló, si no hay otra posibilidad que el retorno de la accionante al RPMPD se condene a la AFP que incumplió su deber de información a pagar a COLPENSIONES los perjuicios económicos que ello genera, lo anterior como fundamento en la teoría del daño en el derecho civil, quien cause el daño es quien debe repararlo y no un tercero, como en la presente es COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando que se les absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora por su parte, solicito en sus alegaciones, modificar la sentencia revocando el numeral 1º y en su lugar condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de veje y confirmarla en lo restante.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos

de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 17 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 16 de diciembre de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 15 de noviembre de 2018 (fls. 35-36), es decir, cuando 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 428 semanas de cotización de aproximadas, (fls. 58 a 61) equivalentes a un poco más de 8 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, pretende la parte 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 30 de octubre de 1996 (fl. 101), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE, PORVENIR S.A.

[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 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".

Aquí y ahora, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

En este contexto decisional se verifica si al momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 101), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (30 de octubre de 1996, fl. 101), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema

de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. Advirtiéndose, si COLPENSIONES considera que con la decisión se le causarán perjuicios económicos por parte de PORVENIR, podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que considere pertinentes.

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. De igual forma, es menester precisar, el hecho que la actora hubiese efectuado un traslado a otra AFP del RAIS, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria, lo cual además no convalida la ineficaz afiliación inicial.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es dable concluir que, de conformidad con la historia laboral de *Colpensiones*, la accionante reporta para el mes de julio de 2019, un total de 1.633,14 semanas; de igual manera al haber nacido el 16 de diciembre de 1960, arribó a 57 años de edad el mismo día mes del año 2017, cumpliendo así los requisitos para acceder la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, máxime que, tal como se estableció en precedencia, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, normativa que regula en lo pertinente:

> *«ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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 1o. 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 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

Ahora bien, tal y como lo determinó el a quo y lo admite la parte actora en la alzada, la actora se encuentra activa laboralmente y cotizando al sistema pensional de ahí que, la prestación deba reconocerse una vez se efectúe el respectivo retiro del sistema, para ello COLPENSIONES a efectos del reconocimiento pensional, deberá reconocer la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo con fundamento en el artículo 34 ibídem.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se adicionará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR sentencia objeto de estudio, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer a la señora **BEATRIZ HELENA SANTOS LADINO** la pensión de vejez en la fecha en que se haga el retiro efectivo del

sistema pensional, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, liquidando la prestación económica de conformidad con los postulados contenidos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JOSE DEL CARMEN CAMACHO GALVIS contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-017-2018-00588-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JOSE DEL CARMEN CAMACHO GALVIS**, pretende se declare la nulidad del traslado y la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por la AFP COLFONDOS S.A., en consecuencia, se ordene el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, administrado por COLPENSIONES. Se ordene a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 19 de junio de 1950, afiliándose al RPMPD desde el mes de mayo de 1992, precisando al momento de la presentación de la demanda 1.172 semanas cotizadas. Que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para marzo del año de 1999, una asesora comercial de

Colfondos S.A., le suministró información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional respecto al traslado de régimen pensional; dicha asesora, le mencionó que si se trasladaba al RAIS tendría derecho a un Bono Pensional que podría utilizar a su antojo en el momento que quisiera, pero nunca le explico que era un bono pensional; que se pensionaría a cualquier edad, pero sin decirle los montos y condiciones; que en caso de fallecer la pensión le quedaría a sus herederos, pero nunca informó las modalidades de pensión; que los dineros no disfrutados en pensión harían parte de la herencia, sin informar las modalidades aplicaba esta figura; además le infundió miedo indicando el ISS se iba a acaba junto con los aportes a pensión; tampoco se le informó cómo se calculaba la pensión en el RAIS, ni sobre una proyección pensional, para así, poder tomar una decisión correcta. Que, mediante solicitud del 06 de junio de 2018, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, lo cual fue negado el 12 de junio de 2018; de igual manera, radicó una solicitud ante COLFONDOS S.A. para que informara y aclarara respecto de algunas incógnitas sobre el Traslado de Administradora de Fondo de Pensiones para la parte actora. Sin embargo, la aseguradora no dio una respuesta concreta respecto a las inquietudes planteadas (fls. 1 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que no concurren los presupuestos para que se pueda declarar la nulidad de la afiliación, pues esta fue adoptada de manera libre y voluntaria, consciente, debidamente informada y sin presiones, agregó que no se puede proferir un fallo más allá o por fuera de lo pedido debido a la inexistencia de los presupuestos para esto, ni tampoco da lugar a la condena de costas judiciales debido a que no existió vicios del consentimiento durante el proceso de traslado. Como excepciones de fondo, propuso las de «validez de la afiliación con COLFONDOS», «inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A.», «buena fe» y «prescripción» (Fls. 90 a 98).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a no obrar prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo inconformidad por parte de la demandante.

Agregó que si bien el señor JOSE DEL CARMEN CAMACHO GALVIS, cumplió con la edad para ser beneficiario del régimen de transición no contaba con 750 semanas o 15 años de servicios, por lo cual, el actor sólo contaba con una mera expectativa y no le es posible regresar al RPMPD; tampoco se probó que el beneficiario haya hecho uso de su derecho de retracto, dentro de los cinco días siguientes a la solicitud de su elección. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad» «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 108 a la 128).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 13 de agosto de 2020, declaró que el traslado de JOSÉ DEL CARMEN CAMACHO GALVIS al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos y declaró que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, la cual tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad. ORDENÓ a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del señor CAMACHO GALVIS, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos e intereses; y a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos convalidándolos en la historia laboral.

Para arribar a tal conclusión, consideró que la accionada AFP COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda, allanamiento que en su sentir era válido a la luz de las disposiciones legales que lo regulan, señalando así que por ello era dable tener por ciertos los hechos atinentes a la forma en que se dio el traslado de régimen ante esa AFP, es decir, que se persuadió al accionante para el cambio de régimen con información errada, de esa manera indicó, se relevaba del análisis probatorio en relación con esas circunstancias. Advirtió en todo caso, que al remitirse al formulario de afiliación en el mismo se consignó únicamente información de carácter general respecto del futuro afiliado, sin que se establezca situación distinta a lo que se tiene por aceptado en virtud del allanamiento, de modo que, arribó a la misma conclusión, en el entendido que al momento del cambio de régimen, no se le brindó al demandante una información clara, precisa y detallada acerca de los regímenes pensionales vigentes en ese momento. En tal medida halló ineficaz el traslado del actor al RAIS, ordenando su retorno al RPMPD en los términos indicados.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, considerando que no era procedente el allanamiento a las pretensiones, debido a que en caso de existir Litis consorcio necesario, este debe ser presentado por todos los demandados y por ende no se podría aceptar la solicitud de la codemandada COLFONDOS S.A. Respecto a la decisión de no declarar como probada la información brindada al señor JOSE DEL CARMEN CAMACHO GALVIS, explicó que ello resultaba errado debido a que al demandante si se le suministró la pertinente información motivada, además de los formularios diligenciados por el mismo. Igualmente alegó que la asesoría brindada al demandante, que influyó en su decisión del traslado de régimen, resulta ser cierta y fundada especialmente en lo que tiene que ver con que el ISS finalmente se acabó. De otro lado, agregó que el demandante al momento del traslado de régimen, contaba tan solo con una expectativa legítima y no con un derecho consolidado, pues no tenía la edad para pensionarse y no tenía las semanas suficientes para adquirir la pensión; de igual modo, indicó que el actor no cumplió con sus deberes como consumidor financiero, especialmente en lo atinente a informarse sobre el Sistema General de Pensiones, advirtiendo así, que no es posible que un beneficiario aduzca su desconocimiento como una prueba de la ineficacia de información suministrada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como COLPENSIONES presentaron alegaciones. El demandante en procura de que se confirme la decisión y COLPENSIONES en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva. Para tal efecto, se definirá inicialmente si había lugar a aceptar el allanamiento a las pretensiones por parte de COLFONDOS S.A.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esto es, si era dable o no admitir el allanamiento de COLFONDOS presentado en el trámite de la audiencia obligatoria de conciliación, que fue aceptado en la decisión de fondo, debe decirse, que tal figura jurídica, esto es, la declaración de voluntad unilateral del demandado por la que se acepta que la parte actora tiene derecho a lo que solicitó en la demanda, en otras palabras, muestra su conformidad con las pretensiones de quien le requiere o convoca judicialmente, siendo dable aclarar que hay que cuando hay allanamiento parcial, el proceso continúa respecto a lo no allanado. La mencionada figura procesal se encuentra regulada en el artículo 98 de la misma obra adjetiva general en los siguientes términos:

> «***ARTÍCULO 98. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA. En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado*** *podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho,* ***caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido.*** *Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.*
>
> *Cuando la parte demandada sea la Nación, un departamento o un municipio, el allanamiento deberá provenir del representante de la Nación, del gobernador o del alcalde respectivo.*
>
> *Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados,* ***el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron****»*.

A su vez, el artículo 99 dispone la ineficacia del allanamiento en los siguientes casos:

1. Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva.

2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.

3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por confesión.

4. Cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para allanarse.

5. Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros.

6. Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.

Como puede verse, aunque de manera expresa se efectué el allanamiento este resulta ineficaz en esos precisos eventos ya descritos, y para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un litisconsorcio necesario donde el fallo que se produzca les atañe a todos por igual, por lo que resultaba necesario para que el allanamiento alcanzara eficacia, que hubiese sido efectuado por todos demandados. En efecto, recuérdese que

el aquí demandante pretende la declaratoria de la nulidad de su traslado de régimen pensional efectuado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., cuya consecuencia, no es otra que continuar afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo cual conlleva a que necesariamente COLPENSIONES asuma la carga de admitirla como afiliada suya en el RPMPD que administra, que a su vez acarrea el tener que recibir los aportes efectuados en el RAIS y eventualmente tener a su cargo las prestaciones económicas a que tuviera derecho el afiliado demandante (riesgos de IVM - Indemnización).
Así las cosas, resulta evidente que en tratándose de un litisconsorte necesario, como es el caso que nos ocupa, donde el asunto a resolver versa, en los términos del artículo 61 del CGP «*sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, [*debe*] resolverse de manera uniforme*», resultaba necesario que COLPENSIONES también se hubiere allanado a la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la vinculación del demandante a COLFONDOS y por ende de su vinculación al RAIS, así como el de que la AFP le hiciera entrega a COLPENSIONES de todos los valores que se encuentren en su cuenta individual, pues como ya se dijo, tales ordenes la afectaban directamente, produciéndole *«efectos de cosa juzgada»* como lo preceptúa el numeral 5 del artículo 99 del CGP, configurándose pues, otra causal de ineficacia de dicho allanamiento.

En suma, no queda duda entonces que el extremo pasivo está conformado por una pluralidad de sujetos procesales que eventualmente concurren como eventuales destinatarios de los efectos de la sentencia que en su contra, individual o conjuntamente considerados, se adopte, lo cual puede llegar a afectar sus intereses, no solo procesales sino financieros, más aun cuando se trata de entidades que administran el Sistema General de Pensiones respecto incluso de los cuales la Nación es garante, directa o indirectamente, y uno de estos sujetos «*privados*» previamente se allana a las pretensiones, es por lo que tal allanamiento obviamente incide en las resultas del proceso respecto de los demás que conforman la pasiva, como ocurre en el sub judice, y particularmente, sin atender que la entidad que se allana es de la cual se predica la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

Todo lo cual, no solamente va en desmedro de los intereses procesales de los demás sujetos que no intervinieron en tal acto, sino que puede llegar al incumplimiento de expresos deberes legales, como parte o apoderados judiciales, según el artículo 78 del CGP, por lo tanto, como COLPENSIONES no participó de dicho acto jurídico al echarse de menos en el proceso el acta respectiva del Comité de Conciliación de dicha entidad,

tal como lo ordenan el artículo 65B– de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1716 de 2009, resultando claro que no debió aceptarse el allanamiento en los términos referidos por el juez a quo.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver esta 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 2002[1].

A folio 20 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 19 de junio de 1950, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 19 de junio de 2012, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante la accionada COLPENSIONES el 06 de

[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 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".

junio de 2018 (fls. 21 a 25), 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 97,57 semanas de cotización (fls. 37-38, 102-103 y CD fl. 129) equivalentes a un poco más de año y medio, 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, pretende la parte 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 11 de marzo de 1999 (fls. 39 y 99), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 39 y 99), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (11 de

marzo de 1999, fls. 39 y 99), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado, pero por las razones que se dejaron consignadas. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, pero por las razones que se dejaron consignadas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA PATRICIA SAER SAKER contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-005-2019-00004-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las codemandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de julio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA PATRICIA SAER SAKER**, pretende se declare la nulidad de afiliación y/o ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS; se declare valida y vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD; se declare que PORVENIR S.A. está obligado a devolver todos y cada uno de sus aportes, bonos pensionales e intereses, sin deducción alguna a COLPENSIONES; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes que efectuó al RAIS, incluidos bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, sin efectuar ningún tipo de descuento; se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD, lo ultra y extra Petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 25 de enero de 1967, que comenzó a cotizar en el ISS el 19 de abril de 1990, cotizando un total de 238.14 semanas, que el día 31 de marzo de 1997 se trasladó al RAIS en la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., refirió que su traslado se dio en las instalaciones de BANCOLOMBIA en la ciudad de Bogotá, donde llegó un asesor, realizó una reunión grupal, habló sobre las bondades de cotizar en el fondo privado y el riesgo que se correría de estar en el ISS; se le manifestó que se debían de cambiar del ISS a un fondo privado, toda vez que el ISS se iba a acabar y se quedaría sin pensión, que el ISS por ser un ente público no podía administrar bien los recursos y por lo tanto iba a quebrar, que en HORIZONTE se ofrecía la garantía y seguridad de una mejor pensión, que se podían pensionar a una edad inferior que en el ISS con las mismas condiciones de cotización y tiempo. Que no se le informó sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, no se le dio una asesoría particular, no se le suministró información consistente sobre la edad mínima, saldo que debía de acreditar en su cuenta de ahorro individual para obtener una pensión anticipada o completar el capital para acceder a la pensión de vejez, no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas económicas de su pensión de vejez al trasladarse de régimen pensional, no se cumplió con su deber de información y buen consejo, ni se suministró información oportuna, adecuada, suficiente, clara y cierta sobre las consecuencias de su traslado de régimen que le permitiera tomar una decisión consciente. Señala que se trasladó entre fondos los días 03 de marzo de 1998 a PROTECCIÓN S.A., el 22 de octubre de 2008 a PORVENIR S.A., el 18 de septiembre de 2012 a COLFONDOS S.A. y el 28 de marzo de 2013 a PORVENIR S.A. indicando que los asesores de dichos fondos le ofrecieron mejores rendimientos e intereses que los que se tenía en el que encontraba vinculada, arguye que las AFP incumplieron con su deber de información y buen consejo, que en ningún momento se le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias de su traslado de régimen, que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que tuvo el traslado, señalando que solo se limitaron a realizar su traslado. Señaló igualmente, que el 29 de octubre de 2018 según simulación pensional se le comunicó que si seguía cotizando con el mismo IBL ($17.685.919) hasta sus 57 años de edad, tendría una pensión de $3.509.600, que su mesada pensional en el RPM, con el mismo IBL y el número de semanas que tiene, seria de al menos $5.501.235, señala que las demandadas debieron de informarle oportunamente para permanecer o poder volver al RPM, que solo hasta el mes de marzo de 2018 un asesor de PORVENIR S.A. se acercó a su oficina para comunicarle que le hubiera convenido trasladarse al RPMPD, pero que ya no se podía trasladar y que para alcanzar una pensión similar debía de realizar además del aporte obligatorio, cotizaciones voluntarias durante 6 años, hasta sus 57

años de edad, que mediante comunicado de 6 de diciembre de 2018 COLPENSIONES negó su traslado del RAIS al RPM (Fls.1 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se absuelva de las mismas, argumentando que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, toda vez que la afiliación fue de manera libre, espontanea, voluntaria, señalando que no obra soporte alguno que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la misma, toda vez que, al suscribir los formularios entre las partes se generó un negocio jurídico, en el que se originaron obligaciones reciprocas, estando en cabeza de la actora informarse sobre las consecuencias de su traslado, sin que lo haya hecho aun siendo dicha información de público conocimiento, razón por la cual manifiesta que, se está en presencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento. Así mismo indica que la afiliación de la demandante a las AFP cuentan con validez, en tanto obra como soporte de dichas afiliaciones las cotizaciones efectuadas a dichos fondos, finalmente arguye que en una eventual condena en costas o agencias en derecho se absuelva de la misma, teniendo en cuenta que no tenía como saber que se encontraba viciada la voluntad de la afiliada a la hora de trasladarse, actuando conforme a derecho, Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de los intereses moratorios e indexación», «compensación» «innominada o genérica» (fls. 96 a 104 Exp. Digital .pdf).

Por su parte la demandada **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones primera, tercera y cuarta, argumentando que la afiliación que ocasionó el traslado de régimen fue realizada por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. siendo esta ultima la encargada de brindar una asesoría a la demandante respecto de las consecuencias del cambio de régimen, sin tener ninguna participación en el mismo, señalando por lo anterior, no le asiste legitimación en la causa por pasiva respecto a la primera pretensión; así mismo señala que, el traslado de la actora a ese fondo fue de manera libre, voluntaria y sin presiones, dándosele a conocer la forma en cómo se construyen las pensiones en el RAIS, sus parámetros, el cálculo de las prestaciones económicas en lo que respecta a la pensión de vejez, tomando así una decisión informada. Frente al fenómeno de la prescripción, consideró que el término para declarar la nulidad por vicios del consentimiento conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil es de cuatro años, señalando que la vinculación al fondo se celebró en el año 2001 y se presentó la demanda en el año 2018, razón por la cual, ya se encontraba agotado dicho plazo; frente a las condenas ultra y

extra petita y agencias en derecho se opone indicando que de los hechos de la demanda no existen derechos que puedan reconocerse, careciendo las pretensiones de la demanda de razones jurídicas y elementos probatorios que puedan sustentar dicha condena. Propuso como excepciones de mérito las de: «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado», «no se presentan las presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD», «buena fe», «validez de la afiliación en el RAIS», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «nadie puede ir en contra de sus propios actos», «petición antes de tiempo» y «ausencia de vicios del consentimiento» (fls. 118 a 134 y 145-146 Exp. Digital .pdf).

A su turno, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones segunda, tercera y cuarta argumentando que no existe vicio del consentimiento alguno que permita declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación con el fondo, siendo el contrato de afiliación plenamente valido, produciendo efectos jurídicos por confluir todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de la voluntad, al tiempo de no existir vicios del consentimiento de la demandante, señalando que no se ocultó información a la actora antes del momento de firmar ni al afiliarse, ya que se suscribió válidamente su formulario de traslado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11, del Decreto 692 de 1994, estando su decisión exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por sus asesores, toda vez que se encuentran debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus inquietudes respecto del RAIS. Señala que, tal como lo establece el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Finalmente arguye que si se llega a la conclusión de que la vinculación de la demandante ocurrió por error o dolo al RAIS y por tanto se encontraba viciada por nulidad, está estaría actualmente prescrita, toda vez que la afiliación a su fondo de pensiones fue en el año 1998, trascurriendo el plazo establecido en el artículo 151 del CPTSS de tres años, o el artículo 1750 del Código civil del cuatro años, operando el fenómeno de la prescripción de la acción rescisoria. Propuso como excepciones de mérito las de: «validez de la afiliación a PROTECCIÓN», «Buena fe», «inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 205 a 214 Exp. Digital .pdf).

Finalmente, la demandada **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra solicitando se absuelva de las mismas, argumentando que la demandante al momento de suscribir el formulario

de afiliación lo hizo de manera libre, espontánea y completamente informada, toda vez que al recibir su asesoría de manera verbal se le brindó la información suficiente y necesaria para atender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen, conforme a los parámetros establecidos en las normas vigentes, los cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, señalando que el deber de otorgar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de afiliación solo nació a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010, así mismo expone que, si lo que pretende la demandante es demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, le competía a la actora acreditar los supuestos en los que se fundaba, sin que de los soportes allegados se logre evidenciar o acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, aún más cuando ha realizado múltiples traslados horizontales entres AFP. Finalmente señala que no toda omisión en la información en el acto de traslado puede afectar el consentimiento, requiriéndose un daño claro, cierto y determinante al afiliado, indicando que esto no puede determinarse con la sola diferencia eventual en los montos de las prestaciones que otorgan los regímenes pensionales y en virtud del principio de igualdad la demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional con sus consecuencias, debiendo actuar con debida diligencia. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (fls. 220 a 244 Exp. Digital .pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la demandante a través de PORVENIR S.A., ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y a COLPENSIONES recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historial laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., condenó a costas a PORVENIR S.A. De otro lado, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. y por tanto las absolvió de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento, creando una apariencia de la realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico, o más aun coaccionando al

sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad, así mismo señala que en los casos de ineficacia o nulidad se ha venido creando una línea jurisprudencial referente a este tema desde septiembre de 2018 y más recientemente en las sentencias con Rad. No. SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019. Indicó en estos casos, la carga de la prueba está a cargo de la parte en que se encuentra en mejor posición, esto es, las AFP que tenían a su cargo esa afiliación, señalando así, que al momento del traslado de la demandante a COLPATRIA hoy PROVENIR S.A. esto es el 31 de marzo de 1997, se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994 donde se establece en su artículo 12, tres características de información que se exige a las AFP, esto es, amplitud, suficiencia y oportunidad; señalando en este punto que no se discute que la actora es conocedora del mercado, del sector financiero, pues en su historia laboral se aprecian como empleadores BANCOLOMBIA, ALIANZA VALORES, COMISIONISTA DE BOLSA, VALORES BANCOLOMBIA, manifestando que la misma sabia cuáles son las reglas del mercado, sabía que sus dineros estaban siendo invertidos en los diferentes portafolios en el mercado, y la volatilidad del mercado, no obstante estimó que PORVENIR S.A. faltó en su debida oportunidad, con la carga de probar en el plenario que informó a la demandante que ad portas de cumplir los 47 años de edad tenía la última oportunidad de regresar a COLPENSIONES, esto es hasta el 25 de enero de 2014, indicando que, la fecha de su trasladado a PORVENIR fue en 2013, teniendo esta AFP la capacidad y la obligación de informar que en vísperas de cumplir sus 47 años de edad tenía la última oportunidad trasladarse al RPMPD o seguir en el RAIS según sea su preferencia, abriéndose camino la nulidad solicitada. Agregó que para acceder a la nulidad o ineficacia, no es necesario que la persona se encuentre en el régimen de transición, toda vez que todos los ciudadanos son beneficiarios del deber de información, conforme a lo establecido en las sentencias con Rad. No. 57444 de 2020, 58266 de 2020, 58288 de 2020. En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que esta acción no está sujeta a los términos trienales establecidos en las normas sustanciales o procesales laborales, y tampoco está sujeta el término cuatrienal de la prescripción de dicha nulidad en los términos del artículo 1740 del código civil por su estrecha relación con el artículo 48 superior.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia que se impugna, además de no ser condenada en costas, argumentando que dentro del proceso quedó demostrado que no existió un vicio en el consentimiento de la demandante al afiliarse al RAIS, por lo que no puede predicarse una nulidad que invalidara la afiliación de la demandante durante los periodos con Horizonte en 1997 y PORVENIR S.A. en el 2008, señalando que no existió un error o dolo en el acto

jurídico que se suscribió, toda vez que el objeto del mismo era la administración de los recursos pensionales bajos lo criterios dados para la época, esto es la Ley 100 de 1993, así mismo expone que no se puede predicar un error de derecho, toda vez que, según se dispone en los artículos 9 del Código Civil, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, articulo 768, no puede decretarse la mala fe que no admite prueba en contrario y el artículo 1509, el error sobre un punto en derecho no vicia el consentimiento; adicionalmente, señala que no era solo obligación de la AFP entregar información sobre la norma jurídica que regulaba las condiciones del RAIS y RPMPD, toda vez que esta también es obligación de la demandante, sin ser solicitado durante todo el tiempo que estuvo afiliada al RAIS su interés por trasladarse al RPMPD.

Por su parte, la apoderada judicial de la **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES**, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque sentencia de primera instancia, esgrimiendo para ello, que dentro del proceso no se evidenciaron vicios del consentimiento para determinar la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que no le asiste derecho de trasladarse al RPMPD, indicando que se evidenció que la demandante tenía suficiente conocimiento del Régimen al que estaba perteneciendo, tras declarar en su interrogatorio de parte que «*se había trasladado a HORIZONTE toda vez que generaba mayor rentabilidad de los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual*», así mismo, señala que se le preguntó porque realizó varios traslados horizontales dentro del RIAS donde declaró: «*porque quería una mejor rentabilidad, nombrando varias características específicas del RAIS*», por lo expuesto, arguye que la demandante no es ajena a las condiciones o ventajas o desventajas que el fondo privado le ofrece, señalando que al recibir a la demandante se iría en contra vía de lo establecido en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, toda vez que la demandante solicitó su traslado al RPMPD cuando ya estaba inmersa dentro de la prohibición legal. Así mismo manifiesta que la demandante también aceptó las condiciones establecidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo tanto el negocio jurídico celebrado entre los fondos y la demandante no pueden producir efectos jurídicos ante el fondo público, toda vez que los efectos del negocio jurídico son inter – partes, artículo 1602 del Código civil, y al no tener ningún injerencia sobre el mismo no debe de asumir responsabilidades de una persona que tenía conocimiento y experticia sobre a qué régimen estaba accediendo. Frente al deber de información, arguyó que este debió de haber sido probado por la demandante, tal como lo establece artículo 167 del CGP y la sentencia C - 086 de 2016, sin que se le vulnerara ninguna expectativa legitima, finalmente expone que se está frente a un error de derecho que no vicia el consentimiento, toda vez que la ignorancia del derecho no sirve de excusa, debiendo haber sido subsanado cuando la demandante permaneció en el régimen, exponiendo

que al retomar al RPM se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema establecido en el artículo 48, de la Constitución Política del Colombia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de su escrito de demanda, solicitando se confirme el fallo de primera instancia, advirtiendo si bien la actora era gestora de inversiones no conocía el sistema pensional. Por su parte, las recurrentes en similares términos a la apelación solicitaron la revocatoria de la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 21 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 25 de enero de 1967 , por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el 25 de enero de 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 06 de diciembre de 2018 (Fl. 50), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 124 semanas de cotización (fls. 23 a 24), equivalentes a menos de 03 años, y no encontrándose 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 de marzo de 1997 (Fl. 26), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A..

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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

[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 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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A., antes HORIZONTE.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 26) plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, puesto que, si bien dijo haber laborado en el sector financiero como gestora de inversiones, lo cierto es que también ha negado la información en los términos atrás indicados, que es lo que se reprocha en el presente asunto.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP HORIZONTE omitió en el momento del traslado de régimen el 31 de marzo de 1997 (fl. 26), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere

recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, 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, las cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional, independiente de estas circunstancias.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada PORVENIR, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la AFP PORVENIR S.A., por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por el juez a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

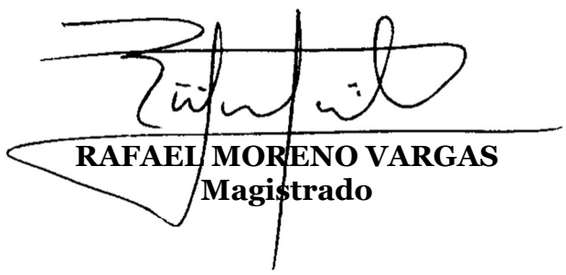
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

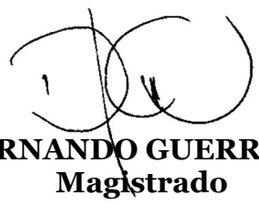
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

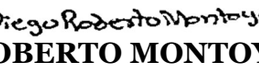
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARMEN ESMITH DELGADO NIÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 1100131-05-033-2018-00617-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CARMEN ESMITH DELGADO NIÑO**, como pretensiones principales, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, ante la omisión de la AFP Colfondos S.A. del deber profesional de información. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiere trasladado de régimen en virtud del principio de favorabilidad y se ordene a Colfondos la devolución a Colpensiones, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación; que se condene a Colfondos seguir pagando la pensión hasta tanto sea incluido en nómina de pensionados por Colpensiones, con el propósito de no quedar desprotegida de su derecho pensional.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 05 de Septiembre de 1986, y como consecuencia de la publicidad y de la gestión de fondos privados de pensiones se afilió a la AFP Colfondos SA. el 19 de julio de 2001 a través de un promotor quien se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones y beneficios del RAIS, tampoco entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en los distintos regímenes, ni información indicándole hasta que edad debía cotizar, ni cuanto capital debía ahorrar para poderse pensionar, entre otros datos relevantes que le hubiesen permitido tomar la mejor decisión; en ese orden de ideas, solicitó a COLPENSIONES y COLFONDOS la anulación del traslado la cual fue negada por las dos entidades (Fls 1 al 35).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación efectuada por la demandante con la AFP, se realizó con el lleno de todas las formalidades establecidas, esto es, la emisión del formulario con leyendas impresas autorizadas por la ley y la aceptación de la afiliada de las condiciones de este régimen con el acto libre y voluntario de plasmar su firma en dicho formulario. Por otro lado, manifestó que un afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare diez años o menos para cumplir la edad, pues se busca evitar la descapitalización del fondo, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Propuso como excepciones de fondo las de, «inexistencia de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», y «genérica o innominada» (Fls. 210 a 221).

La **AFP COLFONDOS S.A** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto no podría solicitar el traslado de régimen en cualquier tiempo, además que en el caso en particular no se evidencia que exista alguna ilicitud en el objeto de la afiliación pues esta fue plenamente eficaz y estuvo respaldada en la normatividad vigente y por tanto, no es procedente aplicar de forma retroactiva leyes que no estaban vigentes para la época en la cual la demandante se vinculó a Colfondos; por ultimo, indica que la acción de ineficacia debió ser interpuesta dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, por lo que operó el fenómeno de la prescripción. Propuesto como excepciones de mérito, las de «inexistencia del derecho

reclamado», «inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad», «prescripción», «caducidad», «buena fe» y «genérica o innominada» (Fls. 271 a 297).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS el 19 de Julio de 2001; en consecuencia, declaró que la demandante actualmente se encuentra efectivamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones, y ordenó a Colfondos realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos intereses o rendimientos y ordena a Colpensiones recibir las sumas de dinero descritas y reactivar la afiliación de la demandante. Ordenó a Colfondos S.A., pagar de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, los cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, conminando igualmente a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar. Finalmente, conminó a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a que se realicen gestiones necesarias a fin de determinar cuál sería el impacto en el RPM de la decisión, y se tomen las medidas de fondo para que el RPM no sufra deterioro para efectos de su estabilidad financiera.

Para arribar a tal conclusión, considero el a quo, que con base en la jurisprudencia laboral en torno al tema, al haberse hecho efectiva la afiliación en el año 2001, la AFP tenía el deber de describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos; de igual manera la AFP debió suministrar los elementos de información para que la afiliada comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes; advirtiendo, que el documento de afiliación y la información que allí se depositó no fueron suficientes para indicarle a la demandante las consecuencias de trasladarse de régimen, por lo tanto, no era una prueba conducente en el debate probatorio, pues la parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar o acreditar el deber legal de información. Aunado a lo anterior el formulario de afiliación suscrito por la demandante se limita a contener datos personales y laborales de esta y nada dice respecto a que ésta lo haya firmado previa información detallada ni contiene dicha información con los requerimientos legales, esto es, clara, completa y transparente, deberían haberse aportado otros medios probatorios para determinar si en la realidad, el acto jurídico de cambio de régimen se dio como consecuencia de la ilustración mínima exigida por la ley, y como quiera que la AFP no demostró que

brindó la información necesaria y transparente a la señora Delgado, debía declararse la INEFICACIA del traslado entre regímenes y ordenar la devolución de los aportes realizados al RAIS, junto con los efectos que dicha declaratoria tiene. Frente a la excepción de prescripción anotó que no tenía aplicación, toda vez que los derechos pensionales son imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, el cual sustentó señalando con relación al cobro de gastos de administración regulado por el artículo 104 de la ley 100 del 1993 que dichas comisiones se causan en razón a que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administra recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que se deban reconocerse a sus afiliados, por lo anterior, no comparte lo fallado por el a quo, al advertir, el RAIS le ha permitido a la demandante tener rendimientos respecto a los dineros que ha cotizado en su cuenta individual y en razón a la ineficacia del traslado decretada, no sería pertinente que se ordenara la devolución de dichos rendimientos respecto de los cuales se ha beneficiado la demandante, puesto que de tener dichas cotizaciones en el Régimen de Prima Media no hubiese sido posible que se beneficiara de estos, como quiera que esa no es la finalidad de ese régimen pensional. Por lo anterior, solicita se revoque tales condenas impuestas, así como las costas y agencias en derecho.

A su turno el apoderado de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** interpone recurso de apelación para que se revoque de manera total el fallo proferido y en su lugar se absuelva a Colpensiones de las pretensiones invocadas, argumentando que si bien no hay una condena directa en contra de Colpensiones si hay un detrimento económico toda vez que en caso de que la aquí demandante llegase a superar la expectativa de vida esto llevaría un detrimento económico para la entidad, dado que Colpensiones siempre debe planear pensiones con anticipación por cuanto la entidad tiene unas políticas internas de distribución del aporte para futuras pensiones, situación que no se presentaría en el caso de la demandante. Por otro lado sostiene que la carga de la prueba debía estar sobre la demandante y no sobre el fondo de pensiones privado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de

la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. La parte actora, por su parte solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[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 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

A folio 73 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 09 de junio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 09 de junio de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante a COLPENSIONES y COLFONDOS el 31 de julio de 2018 y 23 de julio de 2018 respectivamente (Fls. 66 y 69), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 301 semanas de cotización aproximadamente (fl 45), equivalentes a un poco más de 6 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 19 de julio de 2001 (fls. 51 y 72), específicamente, conforme a la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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

---

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado hoy COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 51 y 72), plasmado en el formulario de afiliación a AFP COLFONDOS, 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 COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demanda COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (19 de julio de 2001 fl. 51), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiara o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP privada tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, así 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad

Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada COLFONDOS, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la AFP COLFONDOS, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

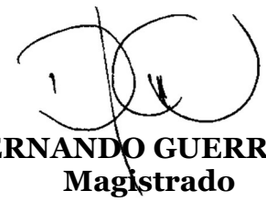
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

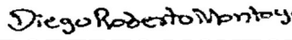
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALBA LUCIA VALENCIA SERRANO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A. Rad. 110013105-004-2019-00068-01.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de junio del 2020. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ALBA LUCIA VALENCIA SERRANO**, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a COLPATRIA Fondo de Pensiones, hoy PORVENIR S.A., por existir falla en el deber efectivo de información; se ordené a la demandada PORVENIR S.A., realizar el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, incluyendo los aportes, rendimientos y bonos pensionales si hubiere lugar, así como cualquier concepto que PORVENIR S.A. hubiere recibido por su afiliación, como las cuotas de administración, entre otros; de igual forma, se condene a COLPENSIONES a convalidar los dineros que reciba por parte de PORVENIR S.A. Así mismo, se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales ocasionados, debido a la omisión de información al momento de traslado

pensional, así como al pago de las costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 03 de mayo de 1971, que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 23 años de edad, indicó que para el 04 de mayo de 1996, sin contar con información cierta se trasladó del RPMPD a la AFP COLPATRIA, la cual se fusionó con HORIZONTE y posteriormente con PORVENIR S.A., indicó que existió omisión en la información brindada, basada en los principios de transparencia, información cierta, suficiente y oportuna. Expresó que actualmente cuenta con 47 años y debido a la falta de asesoramiento respecto a las consecuencias del cambio de régimen pensional y las características propias de cada uno, con sus pro y contras, no goza de una expectativa pensional clara con respecto a los aportes realizados, agregando así, nunca le mencionaron los pormenores de su traslado, como son la negociación del bono pensional, valores de la cuota de administración, fluctuaciones en el capital ahorrado. Concluyendo, con el traslado de régimen pensional realizado en el año 1996, se le vulneraron derechos de rango constitucional como lo es el poder acceder a su pensión por parte de PORVENIR, toda vez que sus expectativas cambiaron radicalmente (Fls. 2 a 16 y 62 a 78).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda indicando que ni se opone ni se allana a las pretensiones relacionadas con la nulidad de la afiliación, dado que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se brindó asesoría del RAIS a la demandante, de modo que debe probarse en el proceso el engaño u omisiones que pudo cometerse por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime, cuando era dicha entidad en la que recaía la obligación de brindar la información idónea a sus potenciales afiliados. Por otra parte se opone al traslado de régimen, toda vez que a la demandante le hacen falta menos de 10 años para alcanzar sus derechos pensionales y en consecuencia, no es posible efectuar el traslado o retorno al RPMPD de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, aunado a ello, señaló que la accionante no acreditaba 35 años de edad, ni 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, por tanto no es posible su movilidad entre regímenes. Agregó que de la suscripción que realizó la accionante en los formularios de afiliación ante los fondos privados, se establece que los traslados fueron efectuados por la actora de manera libre, espontánea y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito las de «Validez

de la afiliación al régimen de ahorro individual», «Buena fe de Colpensiones», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Inexistencia del derecho reclamado», «Compensación», «Prescripción» e «Innominada o genérica» (Fls. 82 a 90).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual señaló que la afiliación de la accionante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, por lo que conocía las implicaciones de su decisión, las condiciones de operación y funcionamiento del RAIS, agregando, el formulario fue diligenciado conforme las exigencias del artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos del artículo 243 y 244 del CGP, así mismo indicó que todas y cada una de las afiliaciones realizadas por parte de la demandante demuestran su plena voluntad de permanecer en el RAIS, quien jamás expresó inconformidad alguna por ausencia de información, teniendo amplios términos para hacerlo, toda vez que la primera afiliación se dio en el año de 1994, por tanto, considera a la accionante válidamente vinculada a PORVENIR S.A. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «buena fe», «Inexistencia de la obligación» y la «Excepción genérica» (Fls. 125 a 145).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de junio del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y válidamente afiliada a COLPENSIONES, condenando a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante al RPMPD y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, expuso que sobre el particular era aplicable lo expuesto por la jurisprudencia de la CSJ SL, en el entendido que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía de comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, que se requiere que el fondo privado hubiere suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de la situación pensional de la persona, lo que implica no solo lo favorable sino todo aquello que puede perder o serle lesivo al momento de solicitar un traslado. Por otra parte, indica que como quiera que el demandante desde el momento de la presentación de la demanda indicó que no se le había otorgado la

información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, exponiendo que como pruebas documentales relevantes solo se aportó el formulario de afiliación, en tal sentido, a la AFP PORVENIR correspondía desplegar alguna actuación en el proceso con el fin de demostrar que en la fecha de traslado del demandante, le hubiera suministrado una información completa a la actora con las características señaladas por la Corte Suprema de Justicia, indicando que en este caso no se acreditó una información diferente al formulario de afiliación por lo que resultaba pertinente declarar la nulidad de afiliación. Finalmente, indicó que, de acuerdo a lo dispuesto por la CSJ SL, las consecuencias de la ineficacia, era que ésta debía de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, dentro de ellos están los gastos de administración e indicó que no operaba la excepción de prescripción, toda vez que no estaba sometida a prescripción, por corresponder a un asunto que está ligado a un derecho pensional que aún no se ha causado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada **PORVENIR S.A.** apeló la decisión, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia, considerando para tal efecto, que el formulario de afiliación es un documento con plena validez, que no fue tachado de falso y si bien el deber de información siempre ha existido, no existía un documento adicional en el cual se probara que se brindó información cierta real y oportuna, lo cual no quiere decir que no se haya brindado. Explicó que PORVENIR S.A. siempre cumplió con lo dicho en la norma, y no existía una carga adicional al formulario de afiliación, agregó que, por el paso del tiempo hubo saneamiento por ratificación, ya que la accionante estuvo afiliada al RAIS por más de 20 años, y dentro del interrogatorio de parte declaró saber cuál era el valor ahorrado, así que tenía pleno conocimiento de lo que era una cuenta de ahorro individual. De igual modo sostuvo que los gastos de administración no hacen parte de la pensión, por ello algunos ya están prescritos y no es dable predicar que estos deben ser objeto de devolución.

Por su parte, la apoderada judicial de la accionada **COLPENSIONES,** apeló la decisión, solicitando sea revocada en su totalidad, toda vez que, al declararse la ineficacia del traslado, se afecta el principio de relatividad de los negocios jurídicos, ya que estos traen consecuencias para las partes que intervinieron, afectándose también el principio de la sostenibilidad financiera, ya que al efectuar esos traslados se está descapitalizando el fondo común. Agregó que PORVENIR S.A., mediante

documento le informó a la accionante que faltaban 10 años para realizar el traslado, generando una aceptación tácita de querer permanecer en el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones, COLPENSIONES en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de igual modo, la AFP PORVENIR S.A solicita la revocatoria de la sentencia, bajo el entendido que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C., sumado a que el formulario de afiliación no fue tachado de falso. De igual modo, la parte actora solicitó se confirme la decisión, por cuanto la demandante fue inducida al error para trasladarse.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por

consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 203 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 03 de mayo de 1971, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante tanto a COLPENSIONES como a COLFONDOS el 12 de julio de 2018 (Fl. 46), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 135 semanas de cotización de aproximadas (fls. 95 a 98) equivalentes a un poco más de 2 años y medio, 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, pretende la parte 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 04 de mayo de 1.996 (Fl. 149), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a ante el FONDO DE PENSIONES COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

[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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 149), plasmado en el formulario de afiliación ante el Fondo de Pensiones COLPATRIA, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes COLPATRIA omitió en el momento del traslado de régimen (04 de mayo de 1.996, fl. 149), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los

cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

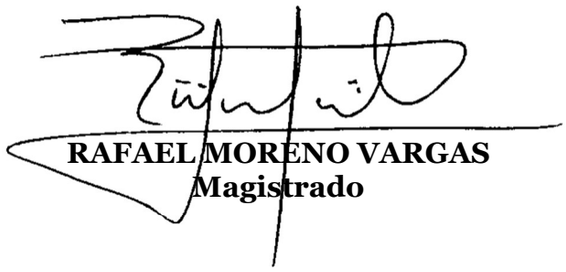
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BLANCA NUBIA GONZÁLES RODRÍGUEZ contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-005-2019-00283-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **BLANCA NUBIA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**, pretende se declare que PORVENIR S.A incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; se declare nula e ineficaz su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, por entenderse que la falta de información por parte de PORVENIR S.A. vició su consentimiento y que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A a registrar en su sistema de información que su afiliación es nula e ineficaz, se le condene a

trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de Ahorro Individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a COLPENSIONES recibir la totalidad de los aportes y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 4 de octubre de 1966, que inició sus aportes a pensión en el RPMPD a través del ISS desde el 20 de abril de 1986, que se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en el mes de julio de 1997, que para la fecha de su traslado de régimen tenía 31 años de edad, que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 2 de abril de 1998. Sin embargo, señala que su afiliación a la AFP COLPATRIA se dio por cuanto en su lugar de trabajo se presentó un asesor comercial informándole que el ISS sería liquidado debido a problemas económicos, que sus aportes estarían en riesgo pues era común que el Seguro Social desapareciera el tiempo cotizado por sus afiliados, que con su traslado estaría asegurando una pensión de mayor valor a la que podría reconocer el ISS, que no se desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y trasparente a fin de brindarle una información veraz, oportuna, pertinente para prever las consecuencias futuras que le acarrearía su traslado al RAIS; así mismo, indicó que la AFP PORVENIR S.A. omitió brindarle una información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes, además no se le informó la probabilidad que tenia de pensionarse en cada régimen, ni su monto pensional mediante proyecciones objetivas, no se le informó el valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, ni la posibilidad de regresar al RPM antes del cumplimiento de sus 47 años, ni se adelantó ninguna gestión de re-asesoría pensional para revisar si le resultaba más favorable permanecer en el RAIS o retornar al RPMPD. Manifestó que asistió a la oficina de PORVENIR S.A. durante el mes de noviembre de 2010 y abril de 2011 a fin de solicitar información sobre su futuro pensional, donde le indicaron que no tenia de que preocuparse al devengar un salario alto, que en el mes de octubre de 2018 por petición se le informó que el monto de su pensión sería de $1.321.000 a los 57 años, que de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma YABAR LIQUIDACIONES S.A.S. su ingreso base de liquidación es de $8.423.934, que su pensión equivaldría aproximadamente a la suma de $5.170.904 en el RPMPD; por lo expuesto, el 30 de noviembre de 2018 solicitó ante PORVENIR S.A. la anulación de su afiliación en el RAIS; el 06 de diciembre de 2018 solicitó ante COLPENSIONES su afiliación por cuanto existió vicio del consentimiento en su traslado al RAIS, obteniendo en ambos casos respuestas negativas a lo solicitado. Que el 9 de mayo de 2017 elevó consulta ante

la Superintendencia Financiera de Colombia, a fin de que se pronunciara sobre el deber de información de los fondos de pensiones, con respuesta del 12 de junio de 2017. Finalmente arguye que COLPENSIONES con respuesta a requerimiento de la Procuraduría General de la Nación informó que desde octubre de 2012 viene adelantando actividades tendientes a informar a sus afiliados sobre los traslados de los regímenes (Fls. 1 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se absuelva de las mismas, argumentando que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, toda vez que la afiliación se hizo de manera libre, espontanea, voluntaria, señalando que no obra soporte alguno que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora, como tampoco reúne los requisitos para un posible traslado, así mismo arguye que su afiliación a las AFP cuentan con validez, en tanto obra como soporte de dichas afiliaciones las cotizaciones efectuadas por la demandante a dichos fondos. De igual modo, mencionó lo establecido en las sentencias con Rad. No. SU 062 de 2010, SU 130 de 2013, C -798 de 2002 y C- 1024 de 2004, para determinar que a la actora no le es posible retornar al RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de los intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 52 a 66).

Por su parte la demandada **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A. la realizó completamente informada, recibiendo asesoría verbal encontrándose en consonancia con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, así mismo señala que, si lo que se alega es la existencia de algún vicio del consentimiento le compete a la demandante acreditar los supuestos en los que se funda, y que de acuerdo con los documentos aportados, no se logró evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos del hecho que permitan acreditar, error, fuerza o dolo. En cuanto a la ineficacia de afiliación arguyó que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debía de otorgar las administradoras de fondos de pensiones en relación con el traslado de régimen pensional, referenciando lo establecido en el numeral 1 del artículo

97 del Decreto 663 de 1993, advirtiendo que la obligación de otorgar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, nace a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010, finalmente señaló que la afiliación de la demandante al RAIS es válida, razón por la cual no existe obligación de trasladar a la actora al RPMPD, más aun cuando se encuentra en la restricción de la que trata el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que no es beneficiaria de algún régimen de transición, toda vez que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, no contaba con 35 años de edad ni había cotizado durante 750 semanas, exponiendo que al no cumplir con ninguno de los requisitos no tenía la expectativa de que se le reconociera la pensión bajo una circunstancia más favorable. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 124 a 139).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado de la demandante del RPM al RAIS, a través de COLPATRIA hoy administrado por PORVENIR S.A, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos o intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historial laboral; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento, creando una apariencia de la realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico, o más aun coaccionando al sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad, así mismo señala que en los casos de ineficacia o nulidad se ha venido creando una línea jurisprudencial referente a este tema desde septiembre de 2018 y más recientemente en las sentencias con Rad. No. SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019. Indicó en estos casos, la carga de la prueba está a cargo de la parte que se encuentra en mejor posición, esto es, las AFP que tenían a su cargo esa afiliación, señalando así, que al momento del traslado de la demandante a COLPATRIA hoy PROVENIR S.A. esto es el 31 de julio de 1997, se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994 donde se establece en su artículo 12, tres características de información que se exige a las AFP, esto es, amplitud, suficiencia y oportunidad; concluyendo así que la simple firma en un

formato, con unas casillas básicas de datos personales de los beneficiarios, no es suficiente para demostrar esas tres características fundamentales y del interrogatorio de parte rendido por la actora solo se mencionan todas las ventajas que le ofreció el asesor de COLPATRIA y en su momento el de la AFP PORVENIR S.A. sin indicársele que se tenga conocimiento sobre todas las características de dicho régimen por parte de los asesores, concluyendo que de allí no se extraía confesión, ni hay carga argumentativa suficiente sobre las excepciones propuestas. En ese sentido, concluyó que se observó el error de hecho establecido en el artículo 1511 del Código Civil, indicando que la demandante creyó que la esencia del sistema es garantizar una mesada digna, bajo una creencia errada y distorsionada de que iba a percibir una mesada superior a la de COLPENSIONES. En cuanto a la excepción de prescripción sostuvo que esta acción no está sujeta a los términos trienales establecidos en las normas sustanciales o procesales laborales, y tampoco está sujeta el término cuatrienal de la prescripción de dicha nulidad en los términos del artículo 1740 del código civil por su estrecha relación con el artículo 48 superior.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES,** inconforme con la decisión la apeló, argumentando que dentro del proceso se logra demostrar que existe voluntad y consentimiento por parte de la demandante al momento de afiliarse a COLPATRIA y ratifica su decisión cuando decide trasladarse a PORVENIR S.A., sin vislumbrase vicios del consentimiento que invaliden la afiliación de la demandante por error, fuerza o dolo; en cuanto al retorno indica que no es procedente por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, toda vez que solicitó su traslado cuando ya estaba próxima a cumplir la edad requerida para pensionarse; en lo que respecta al negocio jurídico celebrado con COLPATRIA y PORVENIR S.A. señala que no se le debe de indilgar ninguna responsabilidad a su representada, toda vez que, la misma no tuvo injerencia alguna al momento de que la demandante realizará su afiliación al RAIS en el entendido del artículo 1602 del Código Civil; por su parte, en cuanto a la falta de información que aduce la demandante, arguye que no fue probado dentro del proceso algún vicio tal como lo establece el artículo 167 del CGP y la sentencia C - 086 de 2016, señalando que a la demandante no se le vulneró ninguna expectativa legitima, y que la misma tuvo la oportunidad de informarse o ilustrarse respecto al régimen en el que estaba vinculada en la ley que lo regula o en dicho fondo, indicando que se está frente a un error de derecho. Exponiendo finamente, la demandante lo que busca es que se le reconozca y pague una prestación por parte de

COLPENSIONES y financiada por las personas que han permanecido en dicho régimen estando en contra vía del principio de la sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, dejando en desventaja a las personas que si han cotizado al RPM por más de 10 años y afectando a las personas que están próximas a pensionarse.

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** de igual manera se mostró inconforme con la decisión, solicitando que se revoque en su totalidad, argumentando que el traslado inicial de la demandante con COLPATRIA se dio conforme al artículo 97 del Decreto 6613 de 1996 entregándose toda la información requerida, señalando que la misma contaba solo con 31 años de edad, razón por la cual, no contaba con una expectativa legitima de pensión para esa época, sin existir error o dolo que invalidara el acto jurídico que se suscribió, toda vez que el objeto del acto jurídico celebrado era la administración de los recursos pensionales, donde se le indicaron las características del RAIS en aquel momento; en este punto sostuvo que, lo que sí existe es un incumplimiento del deber de diligencia y cuidado de los actos o negocios por parte de la accionante, ya que la misma no puede ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia, lo cual se encuentra corroborado, ya que esta contó con múltiples oportunidades, toda vez que hay oficinas abiertas al público y canales donde había podido salir del error, siendo dicha situación saneable. Lo anterior, aunado a que la demandante a lo largo del tiempo confirmó su permanencia en el RAIS, avalando que su empleador descontara las sumas a pensión que serían consignadas en el RAIS, sin que se observe algún retracto o solicitud donde no estuviese a gusto con la administración por parte de PORVENIR S.A. En cuanto al traslado de los aportes, señaló lo establecido en el Decreto 1161 de 1994, donde se establece la posibilidad del derecho de retracto en caso de existir una nulidad presentada por una inconsistencia en el objeto, indicando que la demandante no optó por regresar al RPMPD en el tiempo de gracia a pesar de que esto fue publicado en un periódico de difusión nacional; frente a las gastos de administración expone que estos atentan contra toda lógica, aunque en el presente caso no se decretó, toda vez son gastos que se causaron mes a mes, por labores de gestión efectuadas, frente al seguro provisional señala que estos ya fueron debidamente causados. Finalmente, frente a las costas impuestas, resalta que no hay una inconsistencia frente al objeto, razón por la cual las mismas no proceden.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el termino de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A, COLPENSIONES solicitaron en similares términos a los presentados en la apelación que se revoque la decisión de primer grado; la parte actora por su parte, solicitó la confirmación de la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[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 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

A folio 14 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 04 de octubre de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 04 de octubre de 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 06 de diciembre de 2018 (Fl. 35), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 56.14 semanas de cotización (fls. 23 a 24), equivalentes a un poco más de un (1) año, 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 de julio de 1997 (Fl. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 21), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., 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 AFP PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen el 31 de julio de 1997 (fl. 21), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP privada tiene el deber de devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, cuotas de administración, 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, las cuales asumen los cargas que tiene que no tiene por qué asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en ese contexto, pues dichos montos pertenecen al Sistema

General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada PORVENIR, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la AFP PORVENIR S.A., por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por el juez a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

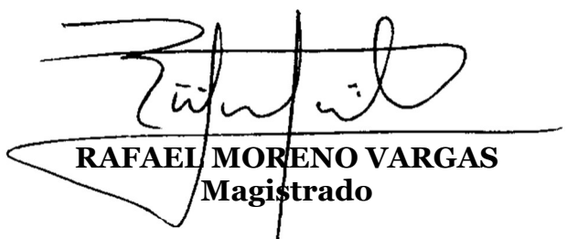
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ESPERANZA URIBE ARGUELLO contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-032-2018-00629-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ESPERANZA URIBE ARGUELLO** pretende principalmente se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación con las AFP PROTECCIÓN S.A, HORIZONTE S.A. y COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. por no haber sido informada de manera suficiente, veraz e idónea sobre los regímenes pensionales; se declare que las demandadas omitieron sus obligaciones y responsabilidades inherentes a su calidad de entidades previsionales, así como sus obligaciones impuestas en las circulares 30 y 37 de 1994 y Circular 001 de 2004; que las demandadas omitieron suministrar la información necesaria que se debe dar en el proceso de afiliación en sus diferentes etapas; como consecuencia, solicita se verifique y se reciba a satisfacción la integridad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, se deduzcan costos administrativos o de fondo de solidaridad a los aportes objetos de devolución; como pretensiones subsidiarias, pretende se trasladen todos los aportes junto con sus rendimientos cuando la afiliación al RPM quede nuevamente vigente; la UGPP verifique y reciba a

satisfacción la integridad de los aportes pensionales al RAIS, sin que PROTECCIÓN o PORVENIR realicen deducciones, se trasladen todos los aportes junto con sus rendimientos a la UGPP. Como pretensiones condenatorias principales pretende se condene a las demandadas a trasladar los valores de los aportes obligatorios y sus rendimientos de la cuenta de ahorro individual en el RPM, se condene a COLPENSIONES a recibir los valores previa verificación de la integridad de los mismos sin deducciones; se condene a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que se efectuó, para que se vean reflejadas en la totalidad de las semanas cotizadas; se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el RPM desde su fecha inicial de afiliación esto es el 2 de julio de 1987; Ultra y Extra Petita, costas y agencias en derecho en cabeza de las demandadas. Como pretensiones condenatorias subsidiarias se condene a las AFP PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A trasladar todos los aportes obligatorios y los rendimientos que posee la demandante en su cuenta de Ahorro Individual al RPM administrado por la UGPP; se condene a la UGPP a recibir los valores, previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados en el RAIS, sin deducciones; se condene a la UGPP a recibir los valores y actualizar la historia laboral de la demandante, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que se efectuó, para que se vean reflejadas en la totalidad de las semanas cotizadas; se condene a la UGPP activar la afiliación de la demandante en el RPM desde su fecha inicial esto es el 2 de julio de 1987; se condene a la UGPP a reconocer la pensión de vejez a la demandante, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 30 de noviembre de 1961, que actualmente cuenta con 56 años de edad, que se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL y su primer aporte lo realizó en el mes de julio de 1987, señala que en el mes de mayo de 1996 un promotor de PROTECCIÓN S.A. organizó una charla en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal, reuniendo varios funcionarios judiciales con el fin de promocionar dicho fondo, donde les informó que en el RAIS la mesada pensional era mucho más alta que la otorgada por el RPM, que los fondos privados eran mejor opción que el ISS y/o CAJANAL, y que estos iban a ser liquidados, que en PROTECCIÓN S.A. sus afiliados se podían pensionar anticipadamente a cualquier edad, que sus rendimientos eran muy buenos, que se obtendrían los mismos o mejores beneficios que en el RPM sin especificar cuáles eran esos beneficios, ni se comunicó el capital a ahorrar a efectos de cumplir con una expectativa más alta que la del RPM, que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 2 de mayo de 1992; expone que para el diligenciamiento del formulario de afiliación no se cumplió con la carga de la prueba ni el deber de información, no se le informó sobre los riesgos de carácter jurídico, económico, y financiero que tendría por trasladarse al RAIS, no se

le entregó proyecciones del monto pensional en el RAIS ni su comparación con el RPM, no se le informó sobre su derecho de retractación del traslado de régimen, ni se le indicó que el reconocimiento y monto de su pensión de vejez dependía sustancialmente de los rendimientos financieros que pudieran obtener de sus aportes, ni de qué forma obtenerlos, señala que nunca se le ilustró sobre las modalidades pensionales al interior del RAIS, ni que se le cobraría una comisión por la administración de esos recursos.

Expone que el día 17 de noviembre de 1997 trasladó sus aportes a HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, el día 23 de febrero de 1999 trasladó sus aportes a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, el día 31 de marzo del 2000 trasladó sus aportes a PORVENIR S.A., el 6 de abril de 2008 trasladó sus aportes a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, que desde el 1 de enero de 2009 se inició la efectividad de su traslado, indicando que los promotores de las AFP HORIZONTE S.A y COLPATRIA y PORVENIR S.A. previo a sus traslados le informaron que obtendría los mismos o mejores beneficios que en el RPM, el 16 de enero de 2009 la AFP HORIZONTE le informó que su solicitud de traslado al ISS fue aprobada y que su saldo de Ahorro Individual sería transferido, señalando que dicho traslado nunca se hizo; que las entidades al momento de su traslado no cumplieron con la carga y el deber de información que les correspondía, ni les brindaron una información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado.

Respecto de las solicitudes realizadas arguye que, el día 15 de marzo de 2016 radicó derecho de petición ante la Superintendencia Financiera de Colombia solicitando copia de programación de la afiliación autorizadas por las AFP desde 1° de abril de 1994 hasta el 2010, donde el 27 de mayo de 2016 se da respuesta indicando que no existen planes de capacitación a los promotores con anterioridad al 2011, señala que para las fechas de los traslados al RAIS, las AFP no contaba con plan de capacitación de su fuerza de venta debidamente aprobado; así mismo señala que, el 16 de febrero de 2018 solicitó ante **PROTECCIÓN S.A**. copia del formulario de afiliación, y anular el formulario de su traslado, dándose respuesta el 05 de marzo de 2018 mencionando que la afiliación es válida, el 12 de marzo de 2018 responden la solicitud de información indicando que no tiene los soportes de información suministrada, el 23 de noviembre del 2018 solicitó nuevamente anular el formulario de traslado, donde se dio respuesta negativa el 28 de noviembre del 2018; el 30 de marzo de 2011 radicó ante **PORVENIR S.A**. solicitud de traslado al ISS por desarrollar cargo de alto riesgo, el 05 de septiembre de 2017 solicitó hacer efectivo el traslado de régimen aprobado por HORIZONTE a COLPENSIONES, el 16 de febrero de 2019 solicitó copia del formulario de afiliación, recibiendo respuestas a sus solicitudes el 22 de abril de 2018, el 27 de febrero de 2018, donde se le indica que se encuentra inhabilitada para trasladarse del RAIS al RPM, que la información que brinda el asesor es verbal por lo que no se tiene soporte, y se adjuntó

proyección de mesada pensional, el 6 de noviembre de 2018 solicitó nuevamente anular el formulario de afiliación, dándose respuesta el 09 de noviembre de 2018; el 20 de febrero de 2018 solicitó ante **COLPENSIONES** la anulación de las actas o formularios en el RAIS, con respuesta negativa el 06 de septiembre de 2018, el 6 de noviembre de 2018 solicitó nuevamente la anulación de los formularios de afiliación, donde se dio respuesta el 16 de noviembre de 2018. Finalmente señala que la AFP PORVENIR S.A. le certificó que a los 57 años de edad recibiría una pensión de $2.173.300 y en el RPM obtendría una mesada de $6.770.700; el 6 de noviembre de 2018 solicitó nuevamente anular el formulario de afiliación y adelantar los trámites para que COLPENSIONES o en subsidio de la UGPP reciban los aportes realizados, siendo resuelta de manera negativa el 09 de noviembre de 2018; finalmente señala que el 6 de noviembre del 2018 radicó derecho de petición ante la **UGPP** solicitando anular los formularios de afiliación en el RAIS, se adelantaran los trámites para la devolución de saldos a favor de la UGPP, recibir el capital que PORVENIR traslade manteniendo la afiliación en la RPM, donde se da respuesta el 09 de noviembre de 2018; finalmente expone que es madre cabeza de hogar, que tiene a cargo su hijo y su madre quien se encuentra en estado grave de salud, que sus gastos mensuales ascienden a $9.000.000 (Fls. 2 a 32, 313 a 348, 412 a 414).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, manifestando que se ha caracterizado por realizar todas sus actuaciones en el marco de la legalidad y de la buena fe, y que en la asesoría brindada a la demandante se le dejó claro que el monto de la pensión en el RAIS era variable y que no era posible conocer para la fecha de la afiliación en Protección S.A en el año 1996, con salarios y beneficios de esa época, y sin obtener los rendimientos que iba a generar la cuenta de ahorro individual, prever con exactitud el monto con el cual se podría pensionar la demandante y menos decir si era superior o inferior al que obtendría en el RPM; señalando que se le manifestó sobre los parámetros legales generales para esa época con el fin de no dar expectativas falsas y se le brindó una información sobre la posibilidad de aumentarla a través de aportes voluntarios y rendimientos financiero, brindándose una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, sin omitirse información e indicándole las características y regulaciones del RAIS y los rasgos diferenciadores con el RPM, exponiendo que lo que hizo la demandante fue tomar una decisión de acuerdo a su propio razonamiento de lo que consideró más favorable según sus condiciones; así mismo señala que no hace parte de los argumentos para asesorar y vincular decir que el ISS se iba a acabar, no obstante indica que la situación financiera y administrativa de ISS fue publicada por el periódico el Tiempo el 28 de julio de 1998, el cual titulaba «*el seguro social, en quiebra*»,

señalando que por lo anterior esto era de público conocimiento. En este orden, sostuvo que el traslado de la demandante a PROTECCIÓN se hizo libre de engaño y sin presión alguna, tal como se evidencia en el formulario de afiliación con su firma como símbolo de consentimiento libre, cumpliendo con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, razón por la cual constituye un acto valido y eficaz. Finalmente indica que, la existencia del deber de asesoría se hizo solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y el deber de la doble asesoría solo se hizo efectiva mediante la resolución No. 016 de 2016 a partir de octubre de 2016, señalando que antes de esta fecha no era su deber realizar un cálculo comparativo de pensión con el otro régimen pensional, y que todos los aportes de la accionante fueron trasladados a PORVENIR S.A el 17 de diciembre de 1997. Propuso como excepciones de mérito las de: «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «innominada o genérica» (Fls. 177 a 214, 415 a 434).

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, argumentando que la información suministrada a la demandante, se encuentra acorde con las disposiciones legales y la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por tanto las reglas y condiciones con las que se realizó la vinculación no fueron caprichosas sino que obedecieron a las disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia de Financiera de Colombia; señala que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS, razones por la cuales, no es procedente la solicitud de la nulidad del traslado de régimen, por cuanto la afiliación no contiene vicio del consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a PORVENIR S.A. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa», «innominada o genérica» (Fls. 240 a 254, 481 a 482).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, manifestando que no se opone ni se allana a las dos pretensiones principales, ni a las pretensiones subsidiarias, toda vez que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se brindó la asesoría por parte de la

administradora del RAIS, razón por la cual se debía probar dentro del proceso el engaño u omisiones que pudo cometerse por parte de PORVENIR S.A, al igual que las pretensiones condenatorias subsidiarias por ir dirigida contra un tercero ajeno; respectó a las demás pretensiones señala que se opone argumentando que deberá ser acreditado por la demandante los vicios del consentimiento alegados como fundamento de la nulidad del acto jurídico celebrado con el fondo privado PORVENIR S.A., así mismo indica que el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante para efectos de determinar si procede o no efectuar el retorno al RPM y el reconocimiento de la pensión, máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al fondo privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión frente a la conveniencia de uno y otro régimen. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS», «buena fe de COLPENSIONES», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «compensación», «prescripción», «innominada o genérica» (Fls. 379 a 398, 459 a 480).

Finalmente la llamada en Garantía **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN DE PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que se encuentra imposibilitada de recibir afiliados provenientes del RAIS, por lo que solo está facultada para reconocer y administrar derechos pensionales a cargo de las administradoras de servidores públicos de RPM del orden nacional o entidades públicas en proceso de liquidación, referenciando lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y Decreto 575 de 2013, así mismo expone que el RPM se encuentra administrado por COLPENSIONES y en caso de pretender el traslado de régimen deberá ser adelantado con esta última entidad. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación demandada», «buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales», «genérica» (Fls. 484 a 492).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado en el mes de junio de 1996 a PROTECCIÓN S.A., así como los posteriores traslados, como consecuencia de ello ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada activa del RPM, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en las que se encontraba afiliada a CAJANAL al momento del traslado al RAIS efectuado en el año 1996; condenó a PORVENIR a remitir con destino a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta

de Ahorro Individual junto con los rendimientos y porcentajes de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró inicialmente que en su momento la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL quedó autorizada para administrar el RPM respecto de sus afiliados, donde estaba afiliada la actora cuando suscribió el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A, de modo que ello conllevó un traslado de régimen, más allá que en su momento no hubiese estado afiliada al ISS; advirtió que la Ley 100 de 1993 diseñó unos principios y normas rectoras de convivencia entre los asociados y desde ese entonces se aplica el principio de la buena fe contractual respecto a los afiliados al Sistema General de Pensiones, principio que encontró quebrantados por las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, al no difundir información, clara, precisa, concisa y detallada de los regímenes pensionales coexistentes y de las características y diferencias de cada uno de los regímenes pensiones. Sostuvo igualmente que para el año 1996 no existía una obligación legal de efectuar proyección pensional, no obstante si existía la obligación de explicarle a los afiliados o posibles afiliados, las características y diferencias de los regímenes pensionales, además de las posibles contingencias pensionales y todo lo relacionado con el producto o servicio que se estaba adquiriendo. En este orden, sostuvo que dentro de la documental allegada y de los interrogatorios de parte surtidos, no se vislumbró prueba alguna sobre el debido asesoramiento a la demandante para que pudiese elegir cual era el régimen que mejor le convenía, y en el interrogatorio de parte la demandante fue enfática, precisa y clara en manifestar que en la reunión dada por el asesor de PROTECCIÓN S.A nunca se le expresó cual sería el monto de su mesada pensional, las diferencias entre los regímenes pensionales, que sólo se le informó de la posibilidad pensionarse con una menor edad y con una mayor pensión que la del fondo público, así mismo, refirió que tanto CAJANAL como el ISS se iban a acabar por los malos manejos y la corrupción que existía, colocando a la demandante en situación de angustia, siendo atractivo para ella trasladarse a dicho fondo, razón por la cual influenciada por el asesor de PROTECCIÓN tomó en su entender la mejor decisión para su futuro pensional que le esperaba; en cuanto al nivel profesional de la demandante, sus estudios, condición profesional del derecho y el haber ejercido como Juez de la República, y fiscal, señala que la demandante manifestó que se encuentra especializada en el área del derecho Penal, y que sus conocimientos sobre el derecho laboral y específicamente la seguridad social son mínimos, exponiendo que la demandante obtuvo el título de abogada con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, y que el hecho de ser abogada no implica que no sea una afiliada lego en lo concerniente a los temas de la seguridad social y pensional, como se extrae de su interrogatorio de parte. En cuanto los múltiples traslados en el RAIS, indica que la demandante declaró que ello se debió a que «le

ofrecían mejores rendimientos», lo cual a su juicio, no implica que se le hubiesen explicada en cada uno de esos traslados las características de cada uno de los regímenes pensionales, por lo expuesto, señaló que las demandadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A omitieron el deber que les asistía, por no avizorarse el debido asesoramiento más allá de los formularios de afiliación suscritos; en lo que respecta a quien debe asumir la afiliación de la demandante en el RPM, precisó que de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2196 del 2009 se dispuso el traslado de los afiliados de CAJANAL al ISS, haciéndose el traslado efectivo en el mes de julio de 2009, por lo que, el trasladó de la demandante al RPM correspondía asumirlo a COLPENSIONES. En ese sentido, estimó probada la excepción formulada por la UGPP, denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, pues a la fecha no le es dable recibir afiliados; en cuanto a la excepción prescripción, señala que al no cumplirse los presupuestos procesales de los artículos 488 del CSTSS y 151 del CPTSS y el art. 1550 del CC esta no prospera.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se estudie a fondo el interrogatorio de parte de la demandante y la calidad que está tiene y lo dicho en los alegatos de conclusión, señalando que al momento del traslado de régimen en el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en la que las AFP debían brindar información, como tampoco la obligación documentar la asesoría brindada más que con el formulario de afiliación, indicando que solo fue hasta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nació la obligación de entregar cuadros comparativos, proyección pensional, brindar un buen consejo, la doble asesoría entre otros, señalando que no tiene sentido requerir pruebas que soporten la asesoría cuando al momento de la afiliación solo se requería la firma en el formulario como manifestación del consentimiento del afiliado; aunado a que tampoco es lógico que se parta de exigencias que nacieron con posterioridad a la afiliación de la demandante, reitera que la demandante se trasladó en varias oportunidades en el RAIS conociendo de los beneficios, características y condiciones del traslado en el régimen, y que su actuar siempre estuvo mediado por la asesoría de las administradoras y la intención de pensionarse en el RAIS; en cuanto a las condenas por gastos de administración, no está de acuerdo, por cuanto estos tienen una destinación específica que ya cumplieron su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación en el RAIS, finalmente arguyó que la vinculación de la demandante es válida, razón por la cual, solicita revocar la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones.

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A** inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria del fallo, toda vez que al momento de dictar sentencia no se tuvo en cuenta que el traslado pensional de la demandante al RAIS y sus posteriores traslados se realizaron con plena voluntad y no se probó que verdaderamente existiese un vicio del consentimiento al incumplir el deber de información; señaló que la demandante es una profesional en derecho que cuenta con estudios de post grados, y que si bien su especialidad no es la rama del derecho laboral, si cuenta con conocimientos mínimos sobre el regímenes pensionales, señalando que lo anterior no se debe de desvirtuar por que la demandante se graduó con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, toda vez que, esto no le quita calidad de abogada y no ser afiliada lego, exponiendo que al momento del traslado de régimen se le debía de tratar como un afiliado que tenía conocimientos básicos para poder determinar si se quería o no trasladar de un régimen a otro. Solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se tenga en cuenta la relatividad jurídica en el entendido que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados con la actora y las AFP demandadas, razón por la cual, no podría salir perjudicado ni favorecido, por lo expuesto solicita no recibir a la actora en el RPM por cuanto con esta decisión existiría un grave desequilibrio del sistema financiero del seguridad social y pensiones del RPM, teniéndose en cuenta el impacto de la reserva pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como las accionadas presentaron alegatos de conclusión. La demandante y la UGPP solicitando que se confirme la decisión; la AFP PORVENIR en similares términos a los expuestos en la apelación solicita que se revoque la decisión; COLPENSIONES que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad.

59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 33 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 30 de noviembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 30 de noviembre de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante a COLPENSIONES el 20 de febrero de 2018 y a PROTECCIÓN S.A el 05 de marzo de 2018 (Fls. 89 a 104), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 203 semanas de cotización a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL- (fls. 58 a 69 y 71 a 76), equivalentes a poco más de 4 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.

[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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

No obstante lo anterior, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 2 de mayo de 1996 (Fl. 77), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación de PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora a los fondos accionados PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 77), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. 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 demandadas PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (2 de mayo de 1996 (fl. 77), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena

no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De otra parte, frente al hecho de que la actora al momento del traslado estuviese afiliada a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL (folios 71 a 76), basta con indicar que debe entenderse que en esa condición la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, siendo actualmente COLPENSIONES la única administradora del RPM, aunado al hecho que según el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 los afiliados de CAJANAL fueron trasladados forzosamente al ISS, hoy COLPENSIONES, de tal modo que debe recibir a la demandante en los términos expuestos en la sentencia de primer grado.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues como lo manifestó, la afirmación de los asesores al indicar que tanto ISS como CAJANAL se iban acabar y que podía verse perjudicada en los aportes que había realizado, por el contrario indican que la llevaron a tomar la decisión del traslado sin la debida información y asesoría.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

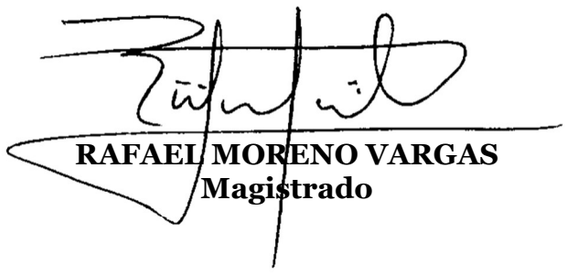
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

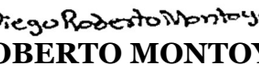
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado GUILLERMO CALDERÓN NAVARRETE contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A Rad. 110013105-024-2017-00162-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2020. De igual modo, se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GUILLERMO CALDERÓN NAVARRETE**, pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, por tanto, la nulidad de la afiliación efectuada el 16 de mayo de 1997 a la AFP PORVENIR, indicando de manera especial, que para todos los efectos legales siempre estuvo afiliado al RPMPD. En consecuencia, se ordene el regreso automático al RPMPD, y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. la devolución inmediata de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensiónales, 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. Se ordene a COLPENSIONES la aceptación del regreso automático al RPMPD.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 09 de noviembre de 1957, estando afiliado al ISS entre el mes de diciembre de 1974 y el mes de mayo de 1997, cuando se trasladó al RAIS en la AFP PORVENIR S.A. En tal sentido, señaló que, contando con 39 años de edad, suscribió formulario de afiliación el día 16 de mayo de 1.997 con dicha sociedad administradora de pensiones y cesantías, lo cual se dio en las instalaciones de la sede principal de la compañía Seguros del Estado, entidad para la cual trabajaba en dicha época (como ahora). Agregó que para dicha época, los promotores o asesores de Porvenir S.A., expusieron varias situaciones, entre ellas: (i) que el ISS (hoy Colpensiones) se acabaría y como consecuencia, todos sus usuarios quedaría desvinculados y por ende, sin seguridad social, (ii) que una vez vinculados a Porvenir S.A., iban a recibir beneficios, como por ejemplo, que los familiares al momento de su muerte y hasta el 5° grado de consanguinidad serían sus beneficiarios, (iii) que recibirían rentabilidad e intereses por sus aportes y hasta créditos, y (iv) le dijeron que siempre su mesada pensional iba a estar por encima de la mesada que podría devengar en el Seguro, esto es, que sus ingresos pensionales serían en pesos mucho mayores. Indicó que, para el año 2.002, se trasladó a la AFP ING (hoy Protección S.A.), la compañía que finalmente tras el mismo procedimiento y sin mayor información, logró que se vinculara con ellos. En el año 2007, se reincorporó a la AFP Porvenir S.A., informado que en dicha oportunidad, y bajo la misma modalidad, los promotores le manifestaron los beneficios de incremento de sus réditos por los aportes al RAIS, pero lo que nunca hicieron fue informar sobre aspectos propios del régimen, como por ejemplo, (i) la edad mínima (ii) el saldo que debía acreditar en su CAI (Cuenta de Ahorro individual), para lograr el beneficio pensional, (iii) con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada, entre otros aspectos. En ese orden, explicó que esta AFP lo indujo en error, toda vez que no le suministró una información clara y fehaciente, respecto a las consecuencias económicas que tendría su cambio de régimen pensional (esto desde el año 1997), como tampoco una explicación y asesoría suficiente cuando nuevamente tuvo la oportunidad de hacerlo (esto en el año 2007), es decir, no hubo la diligencia de realizarle un cálculo actuarial que le respaldase su criterio respecto a que la pensión le iba a mejorar e iba a ser mayor, frente al que recibiría en Colpensiones. Aunado a ello, PORVENIR S.A., nunca le comunicó, de acuerdo a la Ley 797 de 2003 y al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (por ser vigilada por la Superfinanciera), que no podía trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Finalmente explicó que, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad, para el año 2016 el demandante hizo la solicitud formal ante la entidad para el traslado y regresar

al RPMPD administrado por Colpensiones, el cual fue rechazado por ésta última, por encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (fls. 1 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la afiliación del actor al RAIS a la fecha tiene plena validez, no siendo esta entidad la llamada a efectuar ningún tipo de reconocimiento en tanto al régimen al que se encuentra afiliado el actor no es COLPENSIONES. Agregó, que el actor no cumple con las exigencias jurisprudencias para retornar al RPMPD, toda vez que, conforme a lo ordenado por la H. corte Constitucional, en caso de traslado de un afiliado del RPM al RAIS, solo procederá su regreso en cualquier tiempo sistema administrado por mi COLPENSIONES, siempre y cuando tenga 15 años de servicios, que no son otros que 771.42 semanas al 01 de abril de 1994, so pena de perder los beneficios de la transición. Por tal motivo y como que era que el actor no acreditó la densidad de semanas efectivamente cotizadas al sistema deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliado. Como excepciones de fondo, presentó las de «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 49 a la 64).

La **AFP PORVENIR S.A.,** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en la medida que el traslado de régimen pensional se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por el ente vigilador y controlador, es decir, la Superintendencia financiera de Colombia, aunado a lo anterior, indicó que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria siquiera que conduzca a lo deprecado por la parte actora. Sumado a lo anterior, refirió ser claro para la ley y para la jurisprudencia que en el caso específico de obtener la declaratoria de nulidad del acto jurídico de la afiliación a una administradora de pensiones, se requiere demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente caso, no se dan dichos presupuestos en medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Por otro lado, indicó que en caso de ser declarada la nulidad y/o ineficacia, no habría lugar a condenar a reconocer intereses sobre los aportes realizados, toda vez que esto no es objeto del contrato suscrito ni hace parte de las obligaciones legales establecidas para ninguna de estas entidades, máxime cuando sobre estos se generaron rendimientos a favor de la cuenta del afiliado que podrá disfrutar al momento de obtener su pensión en este régimen; rendimientos que sólo son percibidos en el RAIS y que no hubiese tenido lugar a reconocimiento en caso de

haber permanecido en el RPMPD, por ello, de condenarse a reconocimiento de interés se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y un empobrecimiento en contra de PORVENIR, pues los efectos de la nulidad es retrotraer las cosas a su estado anterior al acto nulo, tampoco habrá lugar a la devolución del bono pensional teniendo en cuenta que estos son documentos de contenido crediticio que representan en dinero los aportes efectuados a un sistema pensional anterior al traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos Privados de Pensiones) y que tienen como fin contribuir a la financiación de una pensión, no obstante, Porvenir S.A., no es una entidad pagadora de bonos pensiónales. Como excepciones de mérito, propuso las «Prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «inexistencia de algún vicio del consentimiento», «debida asesoría del fondo» e «innominada o genérica» (Fls. 92 a la 99).

Finalmente, mediante auto del 26 de noviembre de 2018 se ordenó vincular al proceso en calidad de litisconsorte necesario a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (fl. 126), entidad que una vez notificada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra, manifestando que no es dable autorizar la devolución del demandante a Colpensiones y a devolver a ésta última el monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual del demandante, por cuanto no hay una causal legal que faculte para ello, teniendo en cuenta que no existe vicio del consentimiento en la afiliación a la extinta AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. que conlleve a la nulidad, ni ninguna causal de ineficacia. Aunado a ello, el demandante no es beneficiario del régimen de transición, toda vez que estuvo vinculado de manera valida al RAIS, tal y como se observa en el formulario de vinculación aportado y no cuenta con el tiempo cotizado tal y como lo dispone la sentencia SU 062 de 2010. De igual manera, expuso que todas las actuaciones de esta administradora están precedidas de buena fe y legalidad, por esto todos los afiliados lo han hecho de forma libre y voluntaria y una prueba de esto, es el formulario que llenan los afiliados. Adicionalmente, se brindó una asesoría clara, completa, integral y profesional respecto del régimen y sus efectos. Por estas razones, no puede predicarse algún vicio del consentimiento ni tampoco puede proponerse esta por una insatisfacción posterior del afiliado y demandante. Como excepciones de mérito, propuso las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «Prescripción», «aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones», «innominada o genérica» e «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» (Fls. 173 a la 181).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del día 25 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., efectuado por el demandante el 16 de mayo de 1997, así como las demás afiliaciones realizadas con posterioridad. Declaró que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al RAIS y, en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante, a actualizar y corregir la historia laboral, una vez reciba esos dineros de la AFP PORVENIR; y absolvió a la AFP PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, advirtiendo sobre el deber de informar tanto lo favorable como lo desfavorable, y las consecuencias que tienen los traslados y que dicha omisión de la información trae como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado; señalando que la carga de la prueba recae directamente en el deber de suministrar información por parte de la AFP que realizó la afiliación. Sin embargo, en este caso no se logró acreditar que al demandante se le haya dado una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen; y la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, pero este no es suficiente para corroborar que efectivamente se le brindó al afiliado la debida información, que lo llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que el demandante no fue debidamente informado.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de PORVENIR apeló la decisión, considerando que durante el proceso no se acreditó la ineficacia por falta de información, ya que el demandante firmó el formulario de traslado de manera libre y autónoma, lo que demuestra que tampoco hubo algún vicio del consentimiento, tampoco se acreditó que el actor haya sufrido algún daño; adicionalmente indicó que es deber de los ciudadanos saber o tener conocimiento sobre el procedimiento de la afiliación o los traslados, por esta

razón no es justo que se haya alegado la falta de conocimiento o de no haber recibido la información, por lo que no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor. Con relación a los gastos de administración, indicó que estos fueron causados en el transcurso del tiempo al administrar la cuenta de ahorro individual, y no corresponden al afiliado, dado que están destinados a incrementar una mesada pensional, por el contrario, los mismos pertenecen a gastos operativos causados por la gestión adelantada por la AFP para aumentar rendimientos financieros de la parte demandante, por lo que ordenar la devolución de estos montos, conlleva a un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, pues no hace parte de un derecho pensional, por ende, solicita se revoque la condena en su contra, al ir en contra de todos los procesos y negocios jurídicos que se han tenido con el afiliado.

Igualmente, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida arguyendo que, las pruebas aportadas permiten establecer que no existió un el error de hecho, sino de derecho el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no sólo por la voluntad del actor al suscribir el formulario de la afiliación, su vocación de permanecer en el régimen privado se dio por un periodo prolongado, además, al aceptar el traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido que la cotización entre un régimen y otro varía y al trasladarlos a COLPENSIONES, los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando a todos los usuarios que están aportando al sistema, materializándose de esta forma, una bomba fiscal para el Estado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR Y COLPENSIONES presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 12 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 09 de noviembre de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de septiembre de 2016 (fl. 39), es decir con menos de 10 años antes de la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 659 semanas de cotización (fls. 19 a 25) equivalentes a un poco más de 12 años, por lo que no se encontraba en

[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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

la 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, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de mayo de 1.997 (fls. 13 y 101), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 13 y 101), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (17 de mayo de 1997, fls. 13 y 101), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de

administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores recibidos ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

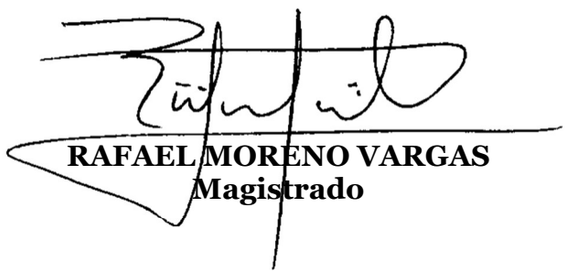
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ARTURO MUÑOZ CANTOR contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-038-2018-00200-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por él apoderado judicial de la parte actora, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **ARTURO MUÑOZ CANTOR** pretende se declare que DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. le asesoró de manera errada e inadecuada, sin un análisis juicioso y profesional, sobre las reales circunstancias y desventajas que implicaba su traslado al RAIS; que PORVENIR S.A no le suministró una información completa, verídica y comprensible antes de cumplir sus 52 años de edad respecto del régimen pensional que le era más favorable a sus intereses; se declare la nulidad de su traslado al RAIS con PROTECCIÓN S.A.; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A a trasladarlo al RPMP los aportes, rendimientos, semanas cotizadas a COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado al RPMP, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 12 de enero de 1962; efectuó aportes al ISS desde el 26 de mayo de 1982 y el día 20 de junio de 1994 por mala asesoría se trasladó al RAIS a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., que atendiendo las recomendaciones del asesor del fondo de que si se trasladaba no se

perdería ningún beneficio, podría pensionarse antes de la edad requerida, tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y recibiría una pensión con un monto mayor que en el ISS, el 31 de julio de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A. donde en la actualidad se encuentra afiliado; que cotizó un total de 1.559 semanas al Sistema General de Pensiones, 382 semanas al RPMPD y 1177 semanas al RAIS. Señala que antes de cumplir sus 52 años de edad no recibió ninguna asesoría profesional respecto a la posibilidad de regresar de nuevo al RPMPD, quedando inmerso dentro de la restricción de la Ley 797 de 2003, que el 24 de noviembre de 2017 solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPM, procediéndose a darse respuesta negativa ese mismo día, que el 24 de noviembre de 2017 solicitó ante PORVENIR S.A. información sobre el valor de su mesada pensional, donde mediante comunicado de 04 de diciembre de 2017 se le informó que el valor de su mesada sería de $2.875.500, señalando que si se encontraba afiliado al RPM se pensionaria a sus 62 años de edad, con una mesada pensional por la suma de $6.402.112. Aunado a ello, sostuvo que al momento de trasladarse al RAIS no se le asesoró sobre las consecuencias de dicho traslado, ni se le mostró posibles montos de pensión en los que se pensionaria, indicando que firmó el formulario por la información engañosa y errada que le suministraron, motivo por el cual no fue un acto libre, ni voluntario (Fls.1 a 30).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, solicitando se absuelva de las mismas, argumentando que el traslado del RPM al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante quien por decisión propia solicitó su traslado suscribiendo dichos formularios, referenciando lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 donde se establece que la libre escogencia entre regímenes y la posibilidad de trasladarse cada 5 años, señalando que no se observa soporte alguno de solicitud por parte del actor concerniente al traslado ante COLPENSIONES, o solicitud de información entre los regímenes pensionales, señala que para la fecha en que solicitó que su traslado fuera nulo ya se encontraba inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además, al 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años de cotización, ni la edad requerida, por ende no contaba con una expectativa legitima de pensionarse con un régimen anterior al de la Ley 100 de 1993. Arguye que para la fecha en que se trasladó de régimen le faltaban 20 años para cumplir la edad establecida para la pensión en el RPMPD, lo cual resultaba imposible para las AFP PROTECCIÓN S.A. o PORVENIR S.A. conocer e informar sobre una conveniencia cierta de pertenecer a uno u otro régimen pensional y frente al caso de que la falta de información se hubiese dado por que las AFP no realizaron una proyección pensional al demandante, señala que, dicha obligación nació con el Decreto 20171 de 2015. Propuso como excepciones de

fondo las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «excepción de error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (Fls. 101 a 106).

Por su parte la demandada **A.F.P PROTECCIÓN S.A**. contesto la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que si lo que se pretende es la nulidad relativa por vicios del consentimiento, ha debido aportarse prueba que respalde el tipo de causal de nulidad que se alega, señalando que en el caso en comento no se configuró ni dolo, ni fuerza y frente al error señala que existen dos clases, el error de hecho y el error de derecho, indicando que frente al primero este no se configura y en cuanto al error de derecho señala que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa y no vicia el consentimiento, frente a la falta de información arguye que carece de soporte probatorio, por no demostrarse en que consistió esa falta de información, contrario sensu, sí se demuestra la asesoría que le fue brindada al demandante antes de su traslado y con posterioridad. Finalmente señala que la estructura y condiciones del RPMPD y el RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y estas son de público conocimiento, razón por la cual no asiste razón a lo pretendido, toda vez que, en el formulario de afiliación se evidencia que el traslado se efectuó de manera libre, espontánea y sin presiones. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «compensación» (Fls. 135 a 154).

Finalmente la demandada **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la información suministrada al momento de su traslado se encontró acorde con las disposiciones legales y por la vigencia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, señalando que las reglas y condiciones de la afiliación no fueron caprichosas, tomándose una decisión informada y consciente, en señal de ello, él actor suscribió el formulario de afiliación o traslado, manifestando su pleno conocimiento y consentimiento en el proceso ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones, expone que el demandante cuando se trasladó a PORVENIR llevaba 8 años en el RAIS, razón por la cual indica que, es imposible que durante ese tiempo nunca haya recibido información del RAIS, finalmente arguye que para la fecha del traslado de régimen no contaba con una expectativa legitima cercana para adquirir el derecho a la pensión de vejez, por cuanto al 01 de abril de 1994 contaba con tan solo 32 años de edad y 207,86 semanas en el ISS. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción

de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 174 a 182).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de julio de 2020, absolvió a la COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que si bien en casos similares la H. Corte Suprema de Justicia ha proferido varias sentencias en donde admite la viabilidad de este tipo de solicitudes, también ha establecido que cada caso debe de analizarse individualmente, toda vez que cada caso es distinto tanto en lo factico como en lo probatorio. De igual modo, señaló para la procedencia de la ineficacia del traslado y/o afiliación, debe de mediar en el afiliado algún vicio del consentimiento, descartando que dentro del proceso haya existido la fuerza y dolo como tal, y frente al error señala solo puede generar una ineficacia en la afiliación el error de hecho, mientras que el error de derecho no vicia el consentimiento, toda vez que la ignorancia en la norma no sirve de excusa. Frente a este punto, consideró que el demandante no incurrió en error, toda vez que de la revisión del formulario de afiliación suscrito por este con destino a DAVIVIR, se advierte que tenía 32 años de edad, se estaba desempañando como ingeniero de sistemas, estaba teniendo una asignación salarial de más de $650.000, y que una vez analizada su situación particular en el momento histórico del año 1994, el ISS se encontraba en una crisis económica y financiera que dio lugar a su liquidación y a la creación de otra nueva entidad para que asumiera la administración del RPMPD, siendo esto un hecho notorio, existiendo así una incertidumbre de lo que podía suceder con el ISS, y que su decisión de trasladarse al RAIS, entonces resultó acertada, manifestando que el trasladarse de un régimen a otro no es malo o bueno, sino conveniente o no conveniente dependiendo del momento histórico en que se adopten; concluyendo, si hay un error, fue el haber dejado el demandante a la deriva su situación pensional desde 1994 hasta cuando se empezaron a pensionar sus compañeros de trabajo, circunstancia que no tiene la potestad de viciar el consentimiento, indicando que todo el tiempo que estuvo afiliado al RAIS no se tomó el trabajo de averiguar una eventual posibilidad de que se trataba esa entidad o en qué condiciones podría pensionarse, trasladándose de manera horizontal en el RAIS, confirmando con ello su permanencia en el régimen. Por lo expuesto, no accedió a las suplicas de la demanda, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda declarando la ineficacia del traslado del actor del RPM al RAIS y se proceda a revocar la sentencia de primera instancia, explicando, con base en la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral y en especial a la sentencia SL 1452 de 2019, en el presente caso no se demostró en ninguna de las etapas del proceso en el que DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. hubiera dado una adecuada asesoría al demandante, señalando que el hecho de que se hubiera dado información parcial sobre los supuestos beneficios del RAIS, no quiere decir que haya tenido una información completa, no solo sobre los beneficios, sino también sobre las consecuencias adversas de la decisión que iba a tomar. Agregó que, el hecho que el asesor comercial le informara que el ISS se iba a acabar, ello no corresponde a una adecuada asesoría, por tal razón, no se dan los presupuestos para no acceder a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el termino de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en las contestaciones de demanda, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia; agregando la AFP PROTECCIÓN S.A., que si se modifica o revoca la sentencia de primera instancia, ésta debe ser proferida de los términos solicitados por el demandante. La parte actora por su parte, solicita que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda. La accionada PORVENIR S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos

Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, a folio 32 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 12 de enero de 1962, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el 12 de enero de 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 24 de noviembre de 2017 (fl. 39-40), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 388 semanas de cotización (fls. 113 a 114), equivalentes a un poco más de 7 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 20 de junio de 1994 (Fl. 37), específicamente, conforme la

[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 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".

información registrada en el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

Debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actor al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, sin que en este caso tenga incidencia las manifestaciones expuestas por el actor en el interrogatorio de parte, pues tan solo afirmó que le dijeron que el ISS estaba quebrado y que se iba acabar, que si se trasladaba si se podía pensionar y que efectuó traslados horizontales en el RAIS, los cuales por demás, no validan la selección inicial que ahora se tiene por ineficaz.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 37), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., estos no constituyen 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 AFP PROTECCIÓN S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 20 de junio de 1994 (fl. 37), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las

primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o 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 pensional.

Por lo anterior, en virtud de la ineficacia de la afiliación que verificó el demandante en el RAIS, se revocará la decisión de primera instancia, para en lugar, ordenar a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Las costas de primera instancia corren a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de julio de 2020 y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por el señor **ARTURO MUÑOZ CANTOR** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de junio de 1994; y como consecuencia de ello, se ordena a **PORVENIR S.A.** entidad donde se encuentra afiliado actualmente el demandante, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado del accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA DEL CARMEN ACOSTA MONTES contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-035-2018-00710-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las accionadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA DEL CARMEN ACOSTA MONTES**, pretende se declare ineficaz su traslado del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS; se declare ineficaz su traslado entre los fondos COLFONDOS S.A. a OLD MUTUAL S.A.; se declare que no recibió ninguna información o asesoría clara y precisa por parte de los fondos demandados al momento de realizar su traslado; como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS S.A y OLD MUTUAL S.A. trasladar sus aportes en pensiones como cotizaciones, bonos, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1747 del Código Civil, y se ordene a COLPENSIONES validar los aportes en pensiones trasladados por los fondos demandados e incorporarlos a su historia laboral debidamente detallada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 21 de febrero de 1963, cuenta con 1.416 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensión, detalló que comenzó a cotizar al ISS desde el 4 de julio de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2000 fecha en la que se trasladó a COLFONDOS S.A., así mismo añadió que se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, y que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994 contaba con 31 años de edad y había cotizado al ISS 663.57 semanas, aseveró que desde el momento de su traslado de régimen no se le explicó de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, ni las diferencias en su monto de pensión entre uno y otro régimen, finalmente subrayó que radicó diferentes solicitudes de traslado, el 22 de agosto de 2018 la realizó ante COLPENSIONES sin ser efectiva, el 13 de septiembre de 2018 efectuó solicitud ante OLD MUTUAL y COLPENSIONES, con respuesta negativa de fecha 2 de octubre de 2018 y 9 de octubre de 2018 respectivamente (Fls. 1 a 14, 80 a 86).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Por medio de apoderado judicial la demandada **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se absuelva de las mismas, manifestando que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, toda vez que, su afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de la misma las cotizaciones efectuadas a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además de no existir soporte alguno que demuestre lo contrario, ni vicio del consentimiento alegado, así mismo precisó que, la afiliación a OLD MUTUAL cuenta con validez, toda vez que, al suscribir el formulario entre las partes, se presentó un negocio jurídico, en el que se originan obligaciones reciprocas, estando en cabeza de la demandante informarse sobre las consecuencias de su traslado, siendo esta una información pública no se hizo, por lo expuesto agregó que se está en presencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento, por tanto no hay derecho a lo alegado, finalmente planteó que, tal como se establece en la sentencia SU 130 de 2013, el traslado de un afiliado del RPM al RAIS solo procederá su regreso en cualquier tiempo al RPM, cuando se acredite 15 años de servicios al 1° de abril de 1994, por tal motivo manifestó que la demandante no cumplió con la densidad de semanas. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de los intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 95 a 103 y 203).

Por su parte, la demandada **OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las

pretensiones incoadas en su nombre, donde advirtió que el fondo de pensiones que efectuó el traslado de régimen de la demandante fue COLFONDOS S.A. por ende no tuvo ninguna participación en el mismo, no asistiéndole legitimación en la causa por pasiva respecto de la segunda pretensión, así mismo agregó que al momento del traslado unilateral de la actora a su fondo, le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas y cada una de las implicaciones de su decisión de trasladarse entre los fondos del RAIS, en el que se le recordó las características de dicho régimen, las diferencias entre los regímenes, las ventajas y desventajas, el bono pensional, la opción del retracto, con el fin de tomar la decisión que más convenga, que lo anterior se ratificó con su firma como señal de la manifestación de su voluntad, donde quedó plasmado su consentimiento, prosiguió añadiendo que si se concluye que la acción se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento, esta estaría actualmente prescrita por trascurrir el plazo de 4 años para su recisión según lo dispone el artículo 1750 del Código civil. Propuso como excepciones de mérito las de: «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado», «no se presenta los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM», «buena fe», «validez de la afiliación en el RAIS», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «nadie puede ir en contra de sus actos», «petición antes de tiempo», «ausencia de vicios del consentimiento» e «innominada o genérica» (Fls. 142 a 161).

Finalmente la demandada **COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre solicitando se absuelva de las mismas, para ello aclaró que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por no cumplir con lo establecido en las sentencias SU-062 de 2010, SU-130 DE 2013 por tanto no pertenece al grupo de los afiliado del régimen de transición, toda vez que al 1° de abril de 1994, no contaba con los 15 años de servicios ni con la edad requerida, contrario sensu contaba con 430.86 semanas y 31 años de edad, así mismo anotó que no le asiste el derecho a trasladarse al RPMPD por faltarle menos de 10 años para cumplir con la edad para acceder a la pensión de vejez, teniendo en cuenta que para la data contaba con 56 años de edad, argumentó que su afiliación a COLFONDOS S.A. fue plenamente eficaz y estuvo respaldada por la normatividad vigente, siendo determinable en el tiempo y cumpliendo con las condiciones y normas legales que atiende los fondos administradores de pensiones, por lo expuesto arguye que no es procedente, ni legalmente valido aplicar de forma retroactiva leyes que no estaban vigentes para la época en la que la demandante se vinculó, finalmente concluye que la acción se encuentra prescrita por no instaurarse dentro del término de 4 años, por lo anterior opero el fenómeno de la prescripción. Propuso como excepciones de mérito

las de: «inexistencia del derecho reclamado», «inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad», «prescripción», «caducidad», «buena fe» e «genérica o innominada» (Fls. 166 a 189).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de mayo de 2020, declaró ineficaz y en consecuencia nulo el traslado efectuado por la demandante al RAIS con COLFONDOS, como consecuencia de ello ordenó a OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante juntos con sus rendimientos; ordenó a COLFONDOS S.A. y a OLD MUTUAL S.A. a asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o gastos de administración. Condenó a COLPENSIONES afiliar a la actora al RPMPD y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a OLD MUTUAL S.A., condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que con fundamentó en la línea jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Laboral, le correspondía a COLFONDOS S.A., en virtud de la carga de la prueba, demostrar que cumplió con el deber de brindar la información a la actora, así como con el deber de hacer un estudio integral, dándole a conocer las alternativas, ventajas y desventajas, añadió que la información comprende todas las etapas del proceso desde la antesala, existiendo el deber de buen consejo, que se debe de dar una ilustración de las diferentes circunstancias, beneficios o inconvenientes, llegando incluso a desanimar al futuro pensionado de cambiar de régimen cuando dicha situación lo perjudique. En se sentido, sostuvo que en el caso de autos COLFONDOS S.A. no acreditó brindar una información suficiente a la demandante al momento de su traslado, toda vez que que ninguna prueba permitió concluir que hubiese contado con una ilustración en los términos descritos por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en este punto subrayó que la actora declaró que dicha omisión al momento de su traslado la llevó a que su mesada fuera inferior a la que COLPENSIONES le hubiese reconocido, puntualizando que al compararse los valores que reflejan los cálculo pensionales en los diferentes regímenes existía una diferencia considerable, donde se acreditó un perjuicio a la actora por su traslado realizado en noviembre del 2000, concluyendo que se debía declarar la ineficacia y la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS en COLFONDOS S.A., cuyos efectos radicaban en que las AFP deberán asumir los gastos de administración mientras estuvo afiliada la demandante, los cuales deberán ser trasladados en su totalidad a COLPENSIONES, igualmente señaló que a las demandadas les correspondía asumir con su propio patrimonio la disminución en

el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas por los gastos de administración, aclaró que el argumento según el cual el detrimento es igual para los fondos privados como para COLPENSIONES no era de recibo, como quiera que el objeto de los fondos es administrar el dinero para obtener una rentabilidad.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando que no se encuentra de acuerdo con lo señalado en el fallo, toda vez que la demandante sí conocía las características propias del RAIS y RPMPD, lo cual se evidenció al realizar un traslado horizontal entre los fondos del RAIS, aseveró que cualquiera de sus traslados resulta de un acuerdo de voluntades que lo convierte en un contrato con obligaciones de tipo contractual, según lo establece el artículo 1495 del C.C. mencionando entre sus características: (i) que tiene un carácter formal, es libre y voluntaria, lo cual se demostró al no retornar la actora al RPM, si no por el contrario haciendo uso de esta libre escogencia confirmó su escogencia en el régimen, tal y como lo declaró, que «*los fondos privados generaban una rentabilidad, dándose una utilidad*», haciendo uso de las características propias del RAIS como lo es su rentabilidad; (ii) que es bilateral, existiendo obligaciones reciprocas, donde adujo no se atendió los deberes propios del Decreto 2241; y (ii) Diligenciar y firmar los formatos de afiliación como manifestación libre y voluntaria de pertenecer y permanecer en el RAIS. Finalmente mencionó que se debe de tener en cuenta que en el año 2005 la demandante hizo un retiro de sus aportes afectando así una posible mesada pensional mayor a la que se alega, y con el retorno de la misma se estaría afectando la descapitalización del sistema pensional desconociendo el principio de sostenibilidad financiera, agregó que, en caso de que se confirme la sentencia de instancia solicita se ordene a las AFP del fondo privado no realizar ninguna deducción por concepto de seguros de invalidez o vejez.

La apoderada judicial de **COLFONDOS S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, manifestando que en primer lugar difiere de lo manifestado por él juzgador con relación a la configuración de una lesión manifiesta al derecho pensional de la accionante, puesto en virtud del ejercicio del derecho de libre elección de régimen, contaba con la facultad de elegir a que régimen quería pertenecer y en función de ello eligió el RAIS, el cual apuntó tiene unas características diferentes al RPM, sin embargo, ello no hace que no sea un régimen licito, legítimamente contenido en el ordenamiento jurídico colombiano; resaltando así mismo, haber actuado de buena fe y con pleno sometimiento a la Ley vigente al momento en que se efectuó el

traslado de la actora en el año 2000, y en esos términos no habría lugar a la condenas ni al reconocimiento a las pretensiones incoadas. Aunado a ello, insistió en que el negocio jurídico es válido y al existir un vicio del consentimiento este versaría sobre un punto de derecho el cual no vicia el consentimiento, por el contrario, de acuerdo a lo declarado en el interrogatorio de parte la demandante observó que la misma conocía de las características del régimen, incluso manifestó que comparando la rentabilidad de uno y otro fondo de pensiones decidió trasladarse de COLFONDOS S.A. a OLD MUTUAL, puntualizando que la actora es una profesional en derecho - contadora, no una afiliada lego. Finalmente, frente a los rendimientos causados, externó que realizó el desarrollo de su gestión, administró los recursos y como consecuencia de dicha gestión se generó unas rentabilidades, razón por la cual, acusó no es admisible el retorno de los gastos de administración puestos que estos dineros ya se surtieron y de reconocerse se daría un enriquecimiento sin justa causa y un empobrecimiento en cabeza del fondo.

La apoderada judicial de **OLD MUTUAL S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación frente al fallo de primera instancia, argumentando que no existe vicio del consentimiento, por lo que solicitó revisar el interrogatorio de parte rendido por la demandante donde se evidenció que tenía pleno conocimiento de cómo funcionaba el RAIS, y en el que ratificó su voluntad de afiliación al trasladarse de manera horizontal entre fondos del RAIS, precisó que el recurso de apelación va dirigido en contra del numeral segundo de la sentencia, toda vez que este causa un detrimento a la estabilidad de los fondos de pensiones. Así mismo arguyó no entender porque el fallador da el mismo trato a OLD MUTUAL que a COLFONDOS S.A. cuando el fondo no fue quien originó el traslado de régimen, así mismo solicitó se revise la extralimitación de funciones del A quo, toda vez que, al revisar las pretensiones de la demanda en ninguna parte la demandante solicita unos perjuicios, por lo que no se tuvo la oportunidad procesal para defenderse sobre ese punto, subrayó lo establecido en la sentencia 34547 de 2011, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia y de no hacerlo se revoque el numeral segundo de la misma.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en su apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora por su parte, solicitó se confirme la decisión. Finalmente, COLFONDOS S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, a folio 15 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora es el 21 de febrero de 1963 (fl. 15), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el 21 de febrero de 2020, procediendo a

[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 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".

solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 22 de agosto de 2018 (Fl. 56 a 61), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 430,86 semanas de cotización (fls. 44 a 51), equivalentes a un poco más de 8 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 28 de noviembre de 2000 (Fl. 68), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 68), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. esto no constituyen 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 las demandadas COLFONDOS S.A.

En el escenario descrito, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 28 de noviembre de 2000 (fl. 68), 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 ello deriva

en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Así, tampoco se encuentra en el interrogatorio de parte que la accionante haya confesado que se le haya suministrado la información, ni se aportaron por pasiva pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, sin que los traslados horizontales que efectuó en el RAIS validen la afiliación inicial que es la que se controvierte en este proceso, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En esa medida no le asiste razón a la parte recurrente, como quiera que al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, lo cual incluye el paso de la demandante por la AFP OLD MUTUAL S.A.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo

de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

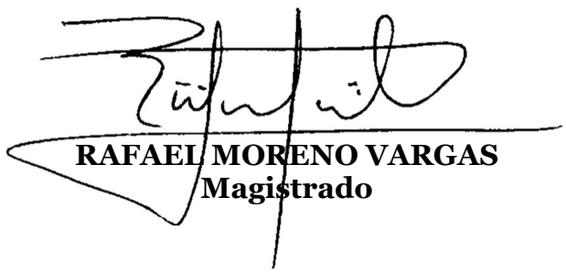
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

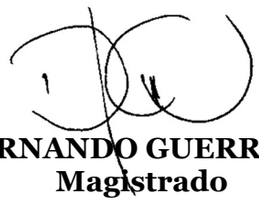
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

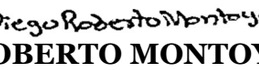
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de LUDWIG ALMEYDA DUARTE contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-001-2019-00434-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 de septiembre 30 de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LUDWIG ALMEYDA DUARTE**, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación con las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A, se ordene su ingreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que como consecuencia de lo anterior, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación al RAIS tales como cotizaciones, indexación, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados hasta la fecha en la cual se realice el traslado. A lo ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, nació el 18 de julio de 1954, que actualmente cuenta con 64 años de edad, que se afilió al ISS el 1 de

septiembre de 1982 en calidad de cotizante, que el 30 de septiembre de 1999 COLFONDOS S.A. efectuó el traslado de régimen pensional del actor, sin que le informaran de forma detallada, clara y expresa las ventajas y desventajas de los 2 regímenes pensionales. Aunado a lo anterior, afirma que por ofrecimiento de un asesor comercial el 18 de febrero de 2018 se afilio a la AFP Porvenir S.A. sin que se le brindara información suficiente, detalla y clara sobre los beneficios y desventajas de los regímenes pensionales ofrecidos por la ley 100 de 1993; aunado a ello, indica que en su historia laboral registra un total de 1521 semanas cotizadas, es decir, que ya cuenta con el mínimo de semanas requeridas para obtener su pensión en el RPM. Que una vez efectuada la simulación de su mesada pensional por parte de la AFP Porvenir S.A. esta resulta ser inferior a la que le correspondería en el RPM, por ello, y debido a la falta de información y el incumplimiento legal de las AFP, el 19 de marzo de 2019 solicitó a Colpensiones la aceptación de traslado del régimen pensional, petición que fue negada por la demandada el 4 de octubre de 2019 mediante oficio BZ2019_3707918-0838275. (fls.2 a 14).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones elevadas en razón a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, así mismo, el traslado de los aportes realizado por solicitud del demandante ser efectuó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia del Derecho y de la obligación», «error en Derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», e «innominada o genérica» (fls.75 a 88).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó el libelo impetrado allanándose a la prosperidad de las pretensiones en su contra, en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a COLFONDOS S.A., en la forma en que aparecen formuladas en el escrito de la demanda. Así mismo, se avizora que no propuso excepciones previas ni de fondo. (fls.94 a 96).

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, argumentando que la información suministrada a la demandante, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera

de Colombia, por tanto las reglas y condiciones con las que se realizó la vinculación no fueron caprichosas sino que obedecieron a las disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia de Financiera de Colombia; señala que, la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS, razones por la cuales, no es procedente la solicitud de la nulidad del traslado de régimen, por cuanto la afiliación no contiene vicio del consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a PORVENIR S.A. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», e «innominada o genérica» (fls.97 a 114).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante a través del fondo de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., como consecuencia de ello ordenó a Porvenir S.A. trasladar los aportes efectuados por el actor en el RAIS al RPM junto con los rendimientos que se hubieren causado o el bono pensional si hubiere lugar.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis expuso que la vinculación del demandante al RAIS a través de los fondos privados demandados, si bien no se vislumbra provista de constreñimiento a la voluntad del actor, se tiene que adoleció de la información suficiente que le permitieran demandante decidir con plena libertad su traslado de régimen, debido que a las demandadas COLFONDOS y PORVENIR les correspondía prever e informar sobre las consecuencias futuras del traslado régimen pensional, pues tal cambio podría tener consecuencias nefastas a futuro, y del acervo probatorio se advierte que los fondos privados demandados omitieron, en su momento, el deber de obrar en consonancia con el principio de eficiencia que informan sistema de seguridad Social, generando en el actor una falsa expectativa que condujo a trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera desinformada. Finalmente, indicó que de acuerdo a lo dispuesto por la CSJ SL, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia por la conducta indebida de la administración era que esta debía de asumir a su cargo. En cuanto a las excepciones se relevó del estudio de las mismas dadas las resultas del proceso.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, señalando que es claro que en la providencia se deja de lado la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 y también el análisis constitucional que realizó frente a la exequibilidad de la misma y la sentencia C 1024 del 2004, en donde su intención era la sostenibilidad propia del sistema pensional no solamente frente al régimen de prima media sino también del régimen de ahorro individual; así mismo, indicó que los fallos de tutela proferidos por la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia tienen efectos inter partes, es decir, no tienen efectos erga omnes cómo se ha referido, también no puede entenderse que la decisión de la sala laboral frente a estos casos sea unánime dado que existen reiteraciones, aclaraciones de voto que han precisado que no hay unanimidad referente a este tipo de procesos, que cada caso se analizará en particular, que no pueden aplicarse criterios frente a personas que son beneficiarias de un régimen de transición con personas que no, porque claramente los aspectos fácticos que contextualizan ese traslado de régimen son realmente diferentes, no es lo mismo hablar de los perjuicios que se le van a generar una persona que tiene un derecho adquirido, que tiene una expectativa legítima, qué es beneficiara del régimen de transición, a una persona como el demandante qué al momento de su traslado de régimen no tenía ninguna de estas calidades, es decir, realiza un traslado de régimen voluntario, se acoge a un régimen pensional que estaba en toda su libertad de hacerlo, así lo hace, firma y suscribe un formulario de vinculación, se cumplen con los requisitos que hasta el momento la misma ley 100, los decretos reglamentarios, y la misma superintendencia financiera le exigía a las administradoras de pensiones, y que hoy, en este tipo de procesos se esté conllevando a declarar una ineficacia o una nulidad del traslado cuando se está exigiendo de las administradoras de pensiones del RAIS cargas probatorias adicionales a las que la misma ley exige en ese sentido, no se observa una igualdad probatoria en este sentido, más aún, cuando lo que se ha analizado y lo que ha enfatizado la Corte es frente a ese traslado de la carga de la prueba con personas que son beneficiosas del régimen de transición, calidad con la que cuenta el demandante. Por lo anterior, considera el recurrente que Porvenir cumplió con el deber de información con el actor, más aún, cuando el mismo caso en particular deja ver qué el demandante al momento de trasladarse con Porvenir ya estaba inmerso en la prohibición legal, es decir, ya no tenía posibilidad de trasladarse de nuevo al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones.

Así mismo, indicó que Porvenir no tiene ninguna responsabilidad frente al traslado de régimen del demandante, pues si bien Colfondos se allanó en este proceso ello no

conlleva a ninguna responsabilidad de Porvenir, quién es quién hoy actualmente tiene los aportes, porque son AFPS totalmente independientes, con criterios de asesoría independientes, que el mismo demandante acreditó en su interrogatorio de parte haber recibido por parte de las dos administradores información y asesoría de manera verbal, que no se dejó ningún documento frente a esa asesoría porque en ese momento no era obligación de las administradoras, ni siquiera por parte del Instituto de Seguros Sociales dejar documentada ese tipo de situaciones, que posteriormente se haya realizado una legislación o que se hayan implementado criterios cómo realizar proyecciones o simulaciones pensionales a los afiliados, no puede conllevar a que esto se le realice o exija a las administradoras de manera retroactiva.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, considerando que si bien el fundamento de anular el contrato de administración de los fondos pensionales es que es un contrato regido por la voluntad de las partes, en este caso se alega un error de hecho por la falta de información, este debe ser probado por la parte actora, puesto que debe demostrar que está en presencia de un derecho adquirido, situación que no se ha demostrado dentro del presente proceso, y no se ha demostrado que el actor tenga un derecho adquirido para evidenciar que se presentó un perjuicio o un vicio del consentimiento no por el simple hecho de una supuesta falta de información se demuestra la existencia de un error de derecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como las accionadas presentaron alegatos de conclusión. El demandante solicitando que se confirme la decisión; la AFP PORVENIR S.A. en similares términos a los expuestos en la apelación solicita que se revoque la decisión; COLPENSIONES que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Sobre el alcance que como precedente pueden llegar a tener las uniformes y reiterativas sentencias de tutela sobre esta problemática y sin desconocer el efecto inter-partes que a ellas les dispensa el ordenamiento jurídico, esta Sala debe señalar que a pesar de ello, no puede obviarse su carácter de guía de interpretación judicial como garantía de la eficacia de la misión institucional de administrar justicia al tenor de lo previsto en el apartado final del artículo 230 constitucional, según el cual son criterios auxiliares de la actividad judicial, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, y su utilización en este caso concreto se justifica por cuanto se incorporan al ordenamiento jurídico, al interpretar el alcance de los derechos y la ley; y su obligatoriedad deriva de la necesidad de asegurar el derecho a la igualdad así como promover los valores de seguridad jurídica y la confianza legítima en el sistema, por lo que la adopción de dicho criterio por esta Corporación no es caprichosa, pues su alcance frente a este juicio, viene dado por la razones de la decisión y los argumentos que guardan una relación directa con el contenido decisorio de la parte resolutiva de las sentencias que se acogen.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 16 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 18 de julio de 1954, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 18 de julio de 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante a COLPENSIONES el 19 de marzo de 2019 (fls.43 a 48), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 366.53 semanas de cotización al ISS hoy COLPENSIONES (fls.17 a 20, 25 a 30), equivalentes a poco más de 7 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1 de octubre de 1999 (fls.21 a 23), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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,

[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 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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora a los fondos accionados COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si al momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol.22), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por las demandadas COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (1 de octubre de 1999 (fl.22), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión y aclarando que estos deberán ser pagadas por cada una de las AFP demandadas por los tiempos en los que el actor se encontró afiliado a cada una de ellas y con destino a COLPENSIONES (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea beneficiario del régimen de transición o no contara con 15 años de servicios 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 pensional.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no manifestó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin de que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues lo que manifestó es que la asesora de COLFONDOS le indicó que en ese fondo iba a tener

una mejor pensión en el momento en el que se pensionara, señalando que fue lo que lo llevó a tomar la decisión del traslado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP COLFONDOS S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

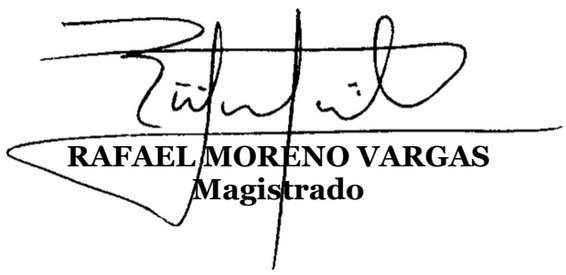
SEGUNDO: ACLARAR EL ORDINAL TERCERO de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar a las demandadas COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. la devolución de los aportes efectuados por el demandante en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media, junto con los rendimientos que se hubieren causado o el bono pensional y las cuotas de administración, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por el demandante, que deberán ser pagadas por cada una de las AFP demandadas por los tiempos en los que el actor se encontró afiliado a cada una de ellas y con destino a COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado GUILLERMO ALFONSO ACEVEDO MEJÍA contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-039-2018-00681-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GUILLERMO ALFONSO ACEVEDO MEJÍA**, pretende se declare la ineficacia de su afiliación a PORVENIR S.A., por medio de la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, así como que se le deje en libertad para afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, condenándose a COLPENSIONES a recibirle como afiliado cotizante. Se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, con todos sus frutos e intereses.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 05 de diciembre de 1960 y efectuó aportes a pensión al ISS entre el 06 de septiembre de 1989 y el 25 de abril de 2001, fecha en la cual se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. Indicó que para tal efecto, los asesores de PORVENIR le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y la manifestación de que el ISS iba a

ser liquidado, por ello sus aportes estaban en riesgo; asimismo, que el monto de la pensión sería más alto que en el ISS, pero no se le manifestó el monto del capital requerido en la AFP del RAIS para obtener una pensión en renta vitalicia o en retiro programado. No se le indicó el capital requerido en el RAIS para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado; tampoco se le indicó que el plazo para retornar al RPMPD vencía cuando cumpliese los 52 años de edad; se le indicó que al momento de cumplir la edad y si no quería pensionarse podía solicitar la devolución del capital acumulado sin restricción alguna. Menciona que no se le elaboró una proyección de su pensión, mostrando diferencias con la que recibiría en el RPMPD. De igual modo, expresó que el formulario de afiliación con la AFP COLPATRÍA no presenta información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional. Que la AFP PORVENIR no le envió comunicación que estaba a unos días de vencerse el plazo del rango para tomar la mejor decisión de pensionarse con el régimen que considerase más conveniente, lo cual sí hizo con otros afiliados. Refiere por otro lado, que a noviembre de 2018 tiene un capital acumulado de $321.484.393 y que conforme a proyección pensional que le efectuó PORVENIR S.A. tendría una mesada de $1.215.800, teniendo en cuenta 1423 semanas y una tasa de remplazo del 12.22%, mientras que dicha mesada en COLPENSIONES sería con una tasa del 65%. Por lo anterior, diligenció formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2018, el cual fue rechazado el 14 de noviembre de 2018, data en la cual, solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad de la afiliación al RAIS (fls. 3 a 27 y 58 a 83).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en razón a que el traslado de régimen del demandante se dio libre de todo vicio del consentimiento y no se ha probado ninguna causal que conlleve a la nulidad de la afiliación; además el señor GUILLERMO ALFONSO ACEVEDO MEJÍA no está cobijado por el régimen de transición y por tanto, no puede regresar al RPMPD en cualquier tiempo, porque debió hacerlo cuando le faltaban más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión. Como excepciones de fondo, presentó las de «Inexistencia del derecho a regresar al RPMPD», «ratificación de la decisión de pertenecer al RAIS – Traslado de PORVENIR S.A. a PORVENIR S.A. (Confesión de la parte demandante) SIC», «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción» e «inexistencia de causal de nulidad» (Fls. 111 a 118).

La **AFP PORVENIR S.A.** por su parte, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, debido a que la demandante suscribió

formulario de afiliación en forma libre, espontánea y sin presiones, conforme lo establece el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico conforme a los artículo 243 y 244 del CPG y el parágrafo 4 del artículo 54 del CPTSS; advirtiendo en todo caso, que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPMPD como en el RAIS se encuentran establecidas en su totalidad por la Ley, sin que esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Además, siempre le garantizó al actor el derecho de retracto quien ahora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y la «excepción genérica» (Fls. 144 a 169).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de junio 2020 declaró que el traslado que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con efectividad a partir del 25 de abril de 2001 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó a PORVENIR S.A. a que transfiera al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, y con destino al Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES recibir dichos recursos, y reactivar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

Para arribar a tal conclusión, señaló que con base en la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, sobre la afiliación libre y voluntaria a un fondo de pensiones, la firma del formulario de vinculación debe estar antecedida de una debida explicación, cumpliendo el principio de transparencia establecido en el Decreto 696 de 1993, siendo necesario brindar una información objetiva, completa, comparada y comprensible; para así poder considerar que la persona tomó una decisión consciente, libre y voluntaria; precisando en este caso, la administradora de fondos de pensiones demandada no cumplió con la carga probatoria que imponen las normas procesales y sustanciales, teniendo en cuenta que efectivamente no aparece ningún elemento probatorio que indique cual fue la información seria, objetiva, comparada y comprensible que dieron al demandante al momento de afiliarlo, el 25 de abril de 2006

cuando se trasladó; estimando así que esta debió cumplir con dicha información, incluso sobre la oportunidad y posibilidad de retornar al régimen de prima media. Asimismo, sostuvo frente a los formularios de afiliación, que no se evidencia cual fue esa información que le suministraron al potencial afiliado, toda vez que la leyenda que señala que recibió toda la información que se firma sin presión alguna, no da evidencia de que efectivamente esa información haya cumplido el principio de transparencia que consiste en dar una información objetiva, comparada y comprensible. Frente a las comisiones por administración, señaló que, por existir un precedente jurisprudencial frente a este tipo de sanciones, era posible condenar a este concepto desde el momento en que se hace efectiva la afiliación; en cuanto a la excepción prescripción indicó que la jurisprudencia ha desarrollado este aspecto declarando que cuando la ineficacia esta intrínsecamente ligada con el derecho pensional debe de cobijarse bajo esa prerrogativa de imprescriptibilidad.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de PORVENIR apeló la decisión, señalando en aras de que se revoque la misma, que la información brindada al actor fue completa a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; además todos los aspectos pensionales se encuentran taxativamente en la Ley y el demandante no puede desconocerla o ignorarla, pues según principio de derecho la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, más cuando se trata de un plan de pensión. Que si bien existe de acuerdo al precedente jurisprudencial que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP el demostrar que cumplió con su deber, esto se demostró con el formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso, y si bien es una proforma, no fue diseñada por PORVENIR sino la Superintendencia Bancaria en su momento, aprobada por la Ley 100 de 1993, pues así lo dispuso el artículo 14, de ahí sale la leyenda indicada en la decisión. Por ello, no es posible que sea condenada por haber cumplido la Ley. De igual modo, indica que el Decreto Ley 663 de 1993 se cumplió al haberse brindado una asesoría completa y comprensible, pero de manera verbal, por tanto, no existe documento adicional y pese a ello no significa que no se halla brindado, no siendo posible imponerle cargas procesales que no existieron para la época, de tal modo que la carga de la prueba debe ser estudiada para el año 2001, cuando bastaba con el formulario de afiliación. Además, el fallo desconoce el período de saneamiento o ratificación de la voluntad conforme al art. 1742 y 1743, al haber el demandante permanecido por un periodo de casi 20 años de afiliación sin pronunciarse. Aunado a ello, sostuvo que la Ley 797 de 2003 es una norma que fue sometida a control previo constitucional y fue declarada exequible, previendo aspectos de interés general sobre el particular. De ahí que el actor no puede escudarse en una supuesta falta de información, porque se dio cuenta que su

aspiración y el plan de pensión no cumplía con sus expectativas. En cuanto a la condena por gastos de administración, indicó que no es dable entregar dichos dineros, pues aunque se declaró no probada la prescripción estos gastos de administración no forman parte de la pensión, por tanto sí están prescritos y estuvieron cubiertos por invalidez y riesgo de muerte. Indicó que la Superintendencia Financiera en enero de 2.000 precisó en los eventos que procede la nulidad e ineficacia, cuáles son las sumas que se deben retornar, sin que incluya la prima de seguros y los gastos de administración.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES apeló la decisión en procura de su revocatoria, teniendo en cuenta que el actor hizo uso de su derecho de traslado al RAIS conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido coacción o presión al momento de su afiliación. Por tanto, conforme lo manifestó en el interrogatorio de parte demostró y ratificó su decisión voluntaria de mantenerse en el RAIS, tanto es así que manifestó que era el mejor fondo, el que le presentó mejor portafolio y sólo hasta el año 2018 presentó ante COLPENSIONES su solicitud de retorno al RPMPD, cuando habían transcurrido 15 años desde su afiliación al RAIS, por tanto se encuentra saneado cualquier vicio en que se hubiera incurrido al momento de la afiliación conforme al artículo 1754 del Código Civil, por tanto, no es admisible que el actor haya indicado no tener información suficiente, cuando él incluso por su calidad profesional en economía tiene conocimiento de los rendimientos y de las posibilidades, facilidades y características que le brindaba el RAIS; aunado a esto, en ningún momento siquiera se presentó a alguna oficina o sede del ISS o COLPENSIONES para solicitar asesoría, por tanto, a pesar incluso de desconocer su mesada pensional ante COLPENSIONES, él manifiesta que estaba bien en PORVENIR. Además, se encuentra prescrita la acción para solicitar tanto la nulidad como la ineficacia, pues todos los actos jurídicos se encuentran sujetos a la prescripción conforme a los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, así como lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, frente a la recisión de los contratos por el término de 4 años. Que con ello no pretende alegar una prescripción al derecho a la seguridad social, pues éste se encuentra protegido con su válida afiliación al RAIS con la AFP PORVRNIR. Que de confirmarse la decisión, la AFP debe normalizar la afiliación del actor ante el sistema SIAFP, así como la devolución de los aportes con el archivo y detalle correspondiente durante su permanencia en el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas Colpensiones y Porvenir presentaron alegaciones

solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

[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 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".

A folio 29 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 05 de diciembre de 1960, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2018 (fls. 44 y 45) y a PORVENIR el 14 de noviembre de 2018 (Fls. 31 y 32), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 aproximadas 216 semanas de cotización (fl. 36), equivalentes a un poco más de 4 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, pretende la parte 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 25 de abril de 2.001 (Fl. 170), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que

tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante 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 el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 170), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. De igual modo, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin

que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, ni la restante prueba documental da cuenta de ello.

Así las cosas, conforme a las sentencias de tutela atrás mencionadas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió al momento del traslado de régimen (25 de abril de 2001, fl. 170), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen. Así como tampoco tiene incidencia que el demandante sea profesional en economía, pues tal calidad, en manera alguna acredita el cumplimiento del deber de información.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento, lo que incluye desde luego, los gastos de administración y las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

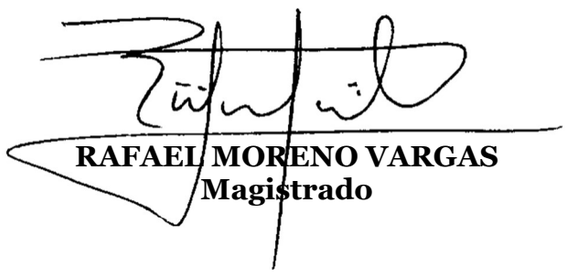
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JUAN JOSÉ OLMOS CADENA contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-035-2018-00547-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de marzo de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JUAN JOSÉ OLMOS CADENA** pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional y de lo ahorrado por el actor en el RPM al RAIS; que como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes del demandante una vez se declare la nulidad o cambio de régimen pensional, se ordene a COLFONDOS trasladar el rendimiento de lo ahorrado por el accionante. A las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 20 de junio de 1957, que actualmente cuenta con 61 años de edad, que se afilió al ISS en el mes de febrero de 1980, que el 1 de marzo de 1997 la AFP COLFONDOS S.A. efectuó el traslado de régimen pensional del actor, sin que se realizara una cabal asesoría por parte de los asesores de la demandada, esto es, no existe documento que certifique

la simulación pensional en cada régimen, ni las explicaciones de las ventajas y beneficios de uno y otro régimen. Aunado a ello, indica que debido a la falta de información y el incumplimiento legal de la AFP, el 11 de diciembre de 2017 solicitó a Colpensiones y a la AFP COLFONDOS S.A. el traslado de régimen pensional del RAIS al RPM, petición que fue negada por las demandadas. (fls.3 a 17, 82 a 100).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones elevadas en razón a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, no es beneficiario del régimen de transición y por lo tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión. Aunado a lo anterior indicó que el demandante no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, así mismo, el traslado de los aportes realizado por solicitud del demandante se efectuó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia del Derecho reclamado», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», e «innominada o genérica» (fls.114 a 120).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó el libelo impetrado oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por cuanto el contrato de afiliación celebrado es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de la voluntad, al tiempo que no existe un vicio del consentimiento del demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a COLFONDOS, ya que el mismo suscribió válidamente su formulario de traslado al fondo de pensiones obligatorias, pues su decisión siempre estuvo exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales de la AFP, debidamente capacitados para dar la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS, de manera que pudiera tomar una decisión libre, espontanea e informada. Propuso como excepciones de mérito «validez de la afiliación a COLFONDOS», «buena fe», «inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho», «prescripción», e «innominada o genérica» (fls.134 a 141).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de marzo de 2020 declaró nulo el traslado efectuado por el demandante del RMP al RAIS y como consecuencia de ello, ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por el actor junto con los rendimientos. Ordenó a Colfondos S.A. asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración. A su turno, condenó a Colpensiones volver a afiliar al actor al RPM y recibir todos los aportes que este hubiese efectuado en Colfondos S.A. Condenó en costas a la AFP Colfondos S.A. y absolvió de las mismas a Colpensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que le correspondía a Colfondos en virtud de la inversión de la carga de la prueba, haber demostrado que le brindó toda la información al accionante para que adoptara la decisión que le fuera más favorable en cuanto al régimen de pensión al que quería estar afiliado, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, circunstancia que no está acreditada en el expediente con la asesoría correcta al demandante al momento del traslado del RPM al RAIS (artículo 167 del CGP), así mismo, indició que por el contrario el actor aportó al proceso la liquidación de la futura mesada pensional efectuada por la AFP demandada, en la cual se evidencia una diferencia considerable de la mesada que el actor devengaría en uno u otro régimen siendo superior en el régimen de prima media (fls.40 a 44), lo que permite acreditar el perjuicio que en la demanda enuncia el actor por el traslado al RAIS en el año 1997, por lo cual es procedente declarar la ineficacia del traslado. Frente a los efectos de la anterior decisión indicó que, conforme a lo considerado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, se deben aplicar las consecuencias establecidas en la ley, es decir, que la AFP deberá asumir los gastos de administración durante el tiempo en el cual estuvo afiliado a COLFONDOS. En cuanto a las excepciones, consideró que dadas las resultas del proceso estas se tiene por examinadas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación específicamente en cuanto la orden de asumir los gastos de administración de los aportes durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante al RAIS, por cuanto estos son gastos de conservación y están dirigidos a remunerar la labor del administrador en procura de la conservación del bien administrado, igualmente los gastos de administración incluyen los costos correspondientes a los seguros de invalidez y de sobrevivencia que fueron pagados a un tercero de los cuales

no se lucró Colfondos, y por el contrario se lucró un tercero que fue la entidad aseguradora con la cual se aseguraron los riesgos citados y que no fue vinculado al proceso. Así mismo, indicó que no hay perjuicio en contra del demandante, que los gastos de administración son gastos definidos por ley en los 2 regímenes pensionales, y por el contrario Colpensiones y el propio afiliado se ven beneficiados en más de 60 millones de pesos que exceden el mismo capital que hubiese ahorrado si hubiese permanecido en el régimen de prima media.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, considerando que en virtud de las sentencias C 1024 de 2004 y C 062 de 2010 lo que se pretende es evitar la descapitalización del sistema pensional o el fondo común administrado por el régimen de prima media, por lo que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie o resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contraria al principio de equidad. Así mismo, afirmó que no se demostró en el proceso la existencia de un vicio del consentimiento o error al momento de la afiliación al RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada Colpensiones presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en la apelación solicitando se revoque la decisión. Los demás intervinientes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de

ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 2 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 20 de junio de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 20 de junio de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. el 11 de diciembre de 2017 (fls.35 a 44), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 499.57 semanas de cotización al ISS hoy COLPENSIONES (fls.145 a 169), equivalentes a poco más de 9 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de

[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 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".

Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de enero de 1997 (fls.45, 142 y 143), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls.45 y 143), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, las AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (15 de enero de 1997 (fls.45 y 143), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una

consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a la AFP COLFONDOS S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ZORAIDA ESPERANZA AGÜERO ORTIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-004-2018-00581-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2020. De igual modo, se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ZORAIDA ESPERANZA AGÜERO ORTIZ**, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó el día 02 de septiembre de 1999 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y las afiliaciones efectuadas el 30 de abril de 2000 y el 17 de abril de 2001 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordené a PROTECCION S.A trasladar la totalidad del ahorro de la cuenta individual a COLPENSIONES, y a esta, aceptar el traslado, así como a efectuar su afiliación al RPMPD como beneficiaria del régimen de transición, del mismo modo, ordenar a COLPENSIONES recibir de PROTECCION S.A

el ahorro efectuado con todos sus rendimientos. Finalmente, se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho, además de lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que estuvo afiliada al RPMPD desde el 20 de septiembre de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1999, cotizando 483.29 semanas. Señaló que el 02 de septiembre del año 1999 la asesora de PORVENIR S.A. le señaló que lo mejor para su futuro pensional era realizar el traslado al RAIS, argumentando que el ISS se iba a acabar por tener una grave crisis financiera, anotó que la asesora le manifestó que la mesada pensional obtenida por el fondo privado podía ser igual o mejor, pero nunca inferior a la que se podía obtener en el RPMPD, y que las personas podían pensionarse mucho más jóvenes en el RAIS, explicó que nunca le informaron que esto podría desmejorar el valor de su mesada pensional, como también omitió que por estar casada y tener hijos su mesada pensional podría disminuir un poco, en igual medida, omitió informarle las consecuencias de realizar el traslado como la pérdida del régimen de transición, siendo beneficiaria del mismo, al contar con más de 35 años para el 01 de abril de 1994. Sostuvo que para el 22 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, destacando, tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. omitieron informarle que tenía hasta la edad de 47 años para verificar si continuaba cotizando al RAIS o decidía trasladarse al RPMPD, además, nunca recibió una asesoría personalizada sobre su situación, donde le indicaran que era lo más conveniente para su futuro pensional. Informó que el 10 de noviembre de 2017 radicó solicitud ante PORVENIR S.A. para que se declarase la nulidad de la afiliación por existir engaño y omisión de información, la cual mediante fecha del 02 de diciembre de 2017 fue respondida de manera negativa. El 20 de noviembre del año 2017, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad de la afiliación al RAIS, entidad que mediante comunicado del 20 de noviembre de 2017 COLPENSIONES señaló no ser posible realizar el traslado al faltar menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse (Fls. 2 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, considerando para ello, que dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficiente que conlleven a determinar que el traslado efectuado por la parte demandante se hizo de manera libre y voluntaria, precisando que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información de manera precisa y oportuna, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía a la accionante el trasladarse de régimen pensional de acuerdo con la normativa existente al momento

de dicho traslado, añadió que al efectuar el traslado de régimen la accionante perdió los beneficios contenidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, adicionalmente, a la entrada en vigencia de dicha normatividad no tenía cotizados 15 años de servicios, lo que impide retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Propuso como excepciones de mérito, las de «imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación», «imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida», «buena fe», «prescripción», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 99 a 107).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a PROTECCION S.A., toda vez que es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; agregando que el formulario de vinculación suscrito por la actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, así las cosas, este acto tiene la naturaleza de verdadero, generando derechos y obligaciones, enfatizando, tal aceptación cumplió con las formalidades del artículo 114 de la ley 100 de 1993 constituyendo manifestación inequívoca de su deseo de trasladarse. Agregó que la demandante no puede pretender la nulidad y/o ineficacia basada en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» e «innominada o genérica» (Fls.146 a 170).

Frente a la **AFP PORVENIR S.A.,** mediante auto del 29 de noviembre de 2019, como quiera que no subsanó la contestación, se dio aplicación a la sanción dispuesta en el numeral 3 del artículo 31 del CPTSS, esto es tener por ciertos los hechos números 8,10,11 y 16 a 20 de la demanda (fl. 240).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS ante PORVENIR S.A., para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES, del mismo modo, condenó a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos sus rendimientos, bonos

pensionales y gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante al RPMPD y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, siendo carga del primer fondo al que se afilió la persona en el presente caso PORVENIR S.A, quien debe demostrar que le entregó la información debida, explicando ventajas o desventajas como consecuencias o riesgos que podía contener e traslado, siendo una obligación para los fondos desde la creación de los mismos, suministrando información necesaria y suficiente. Conforme a lo anterior, señaló PORVENIR S.A no demostró haberle entregado información a la actora, además en el interrogatorio y los testimonios, manifestaron que nunca se les habló del régimen de transición, tampoco le explicaron los requisitos para que los afiliados tomaran la decisión de realizar el traslado, concluyendo, dicha AFP demostró desplegar una actuación con el fin de demostrar que en el año de 1999 le hubiere suministrado información diferente a la del formulario de afiliación, el cual, demuestra un consentimiento sin vicios, pero no informada, en igual medida señaló que los traslados realizados entre RAIS no pueden entenderse como que convalidan el traslado inicial.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada **PROTECCIÓN S.A.,** apeló la decisión, solicitando se revoque parcialmente, en cuanto a se refiere a la devolución de los gastos de administración de la cuenta de ahorros de la demandante, por tratarse de una deducción por disposición legal y por ser comisiones ya pagadas durante la administración de los dineros, considerando, además, al reconocerse estos valores, no debe entonces proceder ni el traslado de los rendimientos generados producto de la gestión de la AFP PROTECCION, siendo solo pertinente el traslado de los aportes.

El apoderado judicial de la accionada **PORVENIR S.A,** apeló la sentencia de primera instancia, solicitando sea revocada en su totalidad, toda vez que, para el momento del traslado de régimen, si bien existía el deber de información por parte de las AFP, la única obligación a la hora la vinculación consistía en la firma del formulario de afiliación, perfeccionándose previa asesoría verbal, no existiendo un deber adicional, partiendo del principio de buena fe, no puede conllevarse conforme a las pruebas que automáticamente no haya existido información, pues conforme a las testimoniales sí puede vislumbrarse que sí hubo una asesoría.

Finalmente la accionada **COLPENSIONES,** apeló la decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, considerando que el cambio de régimen no es una

decisión unilateral, así, esta no solo conlleva obligaciones para la AFP, pues la demandante como consumidor financiero debía asesorarse de otras fuentes, siendo una afiliación tacita cuando se guarda silencio, por todo el tiempo que permaneció afiliada a la AFP; agregó que con la decisión, se está afectando el principio de la relatividad de los negocios jurídicos y el principio de sostenibilidad financiera al descapitalizar el fondo común de COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegaciones, en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; la parte demandante, solicitó la confirmación de la decisión y la AFP PROTECCIÓN guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 13 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 13 de marzo de 1956, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 13 de marzo de 2013, procediendo a solicitar su traslado ante COLPENSIONES el 20 de noviembre de 2017 (Fl. 63), es decir cuando ya había alcanzado la edad para pensionarse, y por 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 256.86 semanas de cotización aproximadas, (fls. 16 a 26, 179 y 180) equivalentes a un poco más de 5 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, pretende la parte 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 02 de septiembre de 1999 (Fl. 37), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[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 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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que

permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 37), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (02 de septiembre de 1999 fl. 37), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el

Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

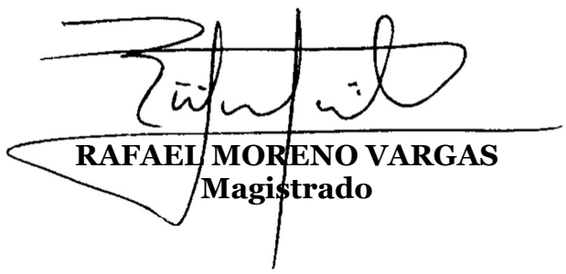
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

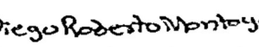
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MIGDONIA RODRÍGUEZ RAMÍREZ contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-031-2019-00352-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2020. De igual modo, se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MIGDONIA RODRÍGUEZ RAMÍREZ**, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 23 de mayo de 1994 a la AFP PORVENIR, debido a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerla entre sus afiliados, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del traslado automático. Por último, se condene en costas y agencias en derecho, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haberse trasladado al RAIS, a la AFP PORVENIR S.A., el 23 de mayo de 1994; sin embargo, dicha afiliación contiene inconsistencias, en tanto, que en el diligenciamiento de la vinculación, no menciona si se trata de un traslado de régimen pensional, no contiene la entidad

administradora anterior a su traslado, ni contiene la firma del empleador, por ende, no cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Señala que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgan en ambos regímenes pensionales, en especial, la administradora NO le hizo un estudio de su situación particular sino por el contrario solo se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen. Por otro lado, mencionó haber nacido el 09 de agosto de 1963, precisando, la AFP PORVENIR tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como de los beneficios y consecuencias del mismo. Indicó, que dicha entidad le realizó una simulación pensional, la cual dio como resultado el valor de $828.116 en el RAIS, para el año 2020; mientras que, en la simulación pensional con el RPMPD, el valor de la mesada pensional fue de $4.548.042, lo cual le genera un grave perjuicio económico y material. De igual manera, señaló tener cotizadas 1.591 semanas y que agotó la reclamación administrativa, solicitando a COLPENSIONES la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, pero ésta fue respondida de forma negativa (fls. 1 a 7).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que esta entidad siempre ha actuado bajo el principio de buena fe; además, la señora MIGDONIA ROGDRÍGUEZ RAMÍREZ gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen; por ende, el traslado de régimen se suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones. Por estas razones se encuentra valido el traslado y no es posible para la actora retornar al régimen de prima media. Adicionalmente, reiteró que los beneficios del régimen de transición por edad, se pierden automáticamente al trasladarse al Régimen de Prima Media con Solidaridad, salvo aquellas personas que tengan 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994. Consecuentemente, la actora no cumple con todos los requisitos exigidos, plasmados en la Sentencia SU 062/2010. Como excepciones de fondo, presentó las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 47 a la 65).

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que la afiliación de la señora MIGDONIA RODRÍGUEZ RAMÍREZ fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños; además, al suscribir el formulario la afiliada manifestó su decisión consciente respecto de las implicaciones y efectos del traslado. De otro lado, la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni tampoco es procedente alegar un presunto vicio del consentimiento luego de un periodo superior a 26 años de afiliación. Agregando, para la fecha en que se realizó la afiliación, no era deber legal de las administradoras entregar calculo o proyecciones pensionales. Como excepciones de mérito, propuso las de «Prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 101 a la 126).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 13 de agosto de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS; condenó a PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con los rendimientos e intereses civiles, sin que sea posible descontar monto alguno por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros. Condenó a COLPENSIONES a recibir a la de demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Condenó a PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la decisión libre y voluntaria, presupone un grado de conocimiento, el cual no puede achacarse a los usuarios cuando desconocen la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales; por esto, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, las administradoras de pensiones deben dar información expresa, desde la fundación de las mismas, están en el deber de información, para que los usuario y afiliados puedan tomar una decisión consiente y libre sobre su futuro pensional; adicionalmente, el simple consentimiento es insuficiente, en parte porque la simple firma en los formatos pre-impresos de traslado de pensiones no garantizan el cumplimiento del deber de información adecuado. Por lo que infirió que la entidad demandada PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de información respecto de la demandante en el momento del traslado.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** apeló la decisión, considerando que a la demandante se le brindó la pertinente información clara, completa y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993. Además, sostiene que se declaró la nulidad sin que se demostrara algún vicio del consentimiento y de serlo, este fue saneado por la afiliada al ratificarlo por más de 23 años que duró afiliada a la AFP PORVENIR. Respecto del formulario que diligenció la afiliada, indicó que no se tachó de falso y debe tenerse como prueba legal que, al momento de la firma se hizo de manera libre y autónoma. Adicional a ello, la parte actora es una persona jurídicamente capaz y de esta forma, debe informarse y verificar todos los documentos que suscriba. En cuanto a los gastos de administración, consideró que además de no ser procedente, deben declararse prescritos en razón a que no son montos pertenecientes a la pensión como sí lo son los rendimientos y son estos los que en caso pertinente deben retornarse, de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa para el afiliado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones, PORVENIR en similares términos a los indicados en la apelación, y COLPENSIONES solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, tras no haberse demostrado elemento probatorio alguno que demuestre la calidad de la información brindada a la demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 9 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 09 de agosto de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 09 de agosto de 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de abril de 2019 (fl. 13), 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 398 semanas de cotización, (fls. 38 a

[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 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".

41) equivalentes a casi 08 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, pretende la parte 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 23 de mayo de 1994 (Fl. 11), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 11), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (23 de mayo de 1993, fl. 11), 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 ello

deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por la jueza a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

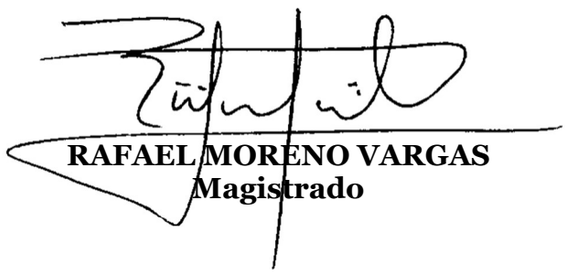
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP PORVENIR S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

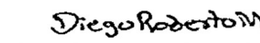
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado STEWART AUGUSTO CRUZ FAJARDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-004-2019-00317-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de la parte accionada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2020. De igual modo, se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **STEWART AUGUSTO CRUZ FAJARDO**, pretende la nulidad de su afiliación al RAIS, esto es a PORVENIR S.A., por medio del cual se trasladó del RPMPD, del mismo modo pretende se declare que tiene la libertad de afiliarse al RPMPD. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante, y se condene a PORVENIR S.A a liberarlo de sus bases de datos, así como a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses de conformidad con el artículo 1746 de C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y a hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES, de igual forma, se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 03 de febrero de 1957, inició su vida laboral el 26 de abril de 1983 con el empleador HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL, tiempo en el cual se afilió al RPMPD cotizando hasta el 09 de septiembre de 1994, momento en el cual se trasladó a PORVENIR S.A, dado que un asesor de esta, le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad, le manifestó que el I.S.S iba a ser liquidado y que por ello sus aportes, se encontrarían en riesgo, en igual medida, comentó que no se le informó al momento de la afiliación el monto requerido por PORVENIR S.A para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, como tampoco se le informó que el monto del capital requerido para que pudieran heredar sus beneficios en retiro programado, así mismo se omitió informarle que el plazo para retornar al RPMPD vencía cuando el cumpliese 52 años, explicó que el asesor le informó que si al cumplir la edad no quería pensionarse, podría solicitar le devolvieran el capital que tuviese acumulado a dicha fecha, sin restricción alguna, detalló que el asesor de PORVENIR S.A. no elaboró al momento de la asesoría la proyección de la pensión, mostrando la diferencia de la pensión que recibiría en el RPMPD y el RAIS. Reiteró que suscribió formulario de afiliación el 09 de septiembre de 1994, el cual, no presenta información suficiente, clara y concisa que le permita tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional, explicándole el asesor de manera insuficiente, los alcances de la solicitud de traslado y las implicaciones que conllevaba el mismo. Agregó que no le enviaron comunicación informándole que se encontraba a días de vencerse el plazo para tomar la mejor decisión en el régimen que considerase más conveniente y que mediante comunicación del 1° de abril de 2019, la AFP PORVENIR le informó que su mesada pensional proyectada a los 62 años, con 1724 semanas cotizadas al sistema y una tasa de remplazo del 18.73%, sería de $856.700, mientras que la pensión cotizando al RPMPD administrado por COLPENSIONES, correspondería al 65 %, en renta vitalicia con una tasa de remplazo del 90% del ingreso base de cotización, tomando como punto de referencia los últimos 10 años cotizados. Finalmente, sostuvo que diligenció formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES el 06 de febrero de 2019, entidad está que rechazó la solicitud y el 20 de marzo del 2019, presentó solicitud de NULIDAD de la afiliación del traslado del régimen a PORVENIR S.A., entidad que igualmente le negó la solicitud (fls. 03 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las

pretensiones, como quiera el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia del régimen, además, ante COLPENSIONES no se ha probado que exista nulidad alguna que afecte la afiliación, situación ésta que no la vincula en responsabilidad alguna. Agregó, que en virtud de las pruebas arrimadas, el accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. Precisó igualmente, que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en la voluntad de la accionante para que tomara la decisión de celebrar el negocio jurídico con la AFP demandada, por lo que en caso de alguna eventual condena la llamada a responder sería el fondo privado en el cual el actor se afilió. Propuso como excepciones de mérito las de, «Falta de legitimación de la causa por pasiva», «Improcedencia de la declaratoria e nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», «Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «Inexistencia de la obligación de afiliación», «Excepción error de derecho no vicia el consentimiento», « Buena fe»,« Prescripción» , «Presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «Innominada o genérica» (Fls. 89 a 106).

PORVENIR S.A, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, considerando que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, consideró que el traslado de régimen contó con plena validez, no encontrando viable el traslado, máxime cuando no se demostró la causal de ineficacia que invalide la afiliación voluntaria del demandante, destacó que al ser válida la afiliación del demandante al RAIS el demandante se encuentra en la prohibición que trata el artículo 13 de la ley 100 de 1993, por lo que no es posible que el accionante se traslade de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las de, «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 131 a 152).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciere el demandante al RAIS en su caso ante PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES, del mismo modo, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, en igual

medida condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del accionante; se abstuvo de imponer costas en esa instancia.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la responsabilidad de los fondos privados es de carácter profesional, la cual debía contener todas las etapas de la filiación desde la antesala de la afiliación, hasta el disfrute pensional, así mismo indicó que cuando el afiliado manifiesta que no le han brindado suficiente información, la carga de la prueba se encuentra en cabeza del fondo, para que acredite que le brindó información al momento de la afiliación, mencionando las ventajas, como desventajas del traslado de régimen, como sus riesgos y consecuencias, no bastando solo con la explicación en el presente caso de PORVENIR S.A, quien debe demostrar que le entregó la información debida, explicando ventajas o desventajas como consecuencias o riesgos que podía contener e traslado, siendo una obligación para los fondos desde la creación de los mismos, suministrando información necesaria y suficiente. Conforme a lo anterior, señaló que PORVENIR S.A. no demostró haberle entregado la información debida al accionante, precisando que la firma del formulario de traslado, acredita un consentimiento sin vicios, pero no informado, agregando que del interrogatorio de parte, se podía evidenciar que efectivamente se le entregó información correspondiente del fondo privado, pero no del RPMPD o por lo menos no lo confesó el demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada **PORVENIR S.A.** apeló la decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que así se aleguen vacíos, se debe reprochar la omisión del demandante de no haber solicitado asesoría e información y así haber tomado la decisión con anterioridad al proceso por lo que debe estudiase la omisión del demandante y la negligencia en su actuar, al dejar su futuro pensional al azar y sólo percatarse de ello al momento de su pensión, pues es obligación de los afiliados de informarse respecto de los actos jurídicos que realizan y corroborar la información que ahí se manifieste, como lo es la liquidación del I.S.S, agregó que como consumidor financiero el actor debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba celebrando, más aun, cuando se trata de normas de común conocimiento, en igual medida, consideró que tampoco se tienen que pedir pruebas documentales a la AFP en la que conste la asesoría que se brindó, ya que se realizaba de manera verbal y se procedía a realizar la firma del formulario de afiliación, siendo

esta la única prueba asequible. En cuanto a los gastos de administración, consideró que estos valores tienen por mandato legal una destinación especial, que en este caso cumplió su cometido en el periodo que el demandante estuvo afiliado al fondo, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida en la ley, y no se encuentra en poder de la demandada.

La apoderada judicial de la accionada **COLPENSIONES** apeló la decisión, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del conocimiento o dolo, teniendo en cuenta que era una mera expectativa, por cuanto al momento del traslado contaba con 750 semanas cotizadas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, también indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, para realizar el traslado en cualquier tiempo, por lo tanto, el demandante deberá someterse a los mandatos del sistema de pensiones al que se encuentra afiliado, en este caso, PORVENIR, explicó que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión por sí sola, no constituye prueba de que, cuando se realizó el traslado el actor lo haya hecho por un engaño o equivocada información, considerando que lo que se evidenció por parte del demandante fue desinterés y él mismo decidió seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. De igual modo, la parte actora presentó alegatos solicitando la confirmación de la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 29 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 03 de febrero de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 06 de febrero de 2019 (fls. 31 a 34), 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 487.14 semanas de cotización de aproximadas (fls. 108, 201,

[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 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".

218 y 219), equivalentes a casi 10 años de servicios, 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, pretende la parte 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 09 de septiembre de 1994 (Fl. 220), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 220), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (09 de septiembre de 1994, fl. 220), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo

señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. En la misma línea, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

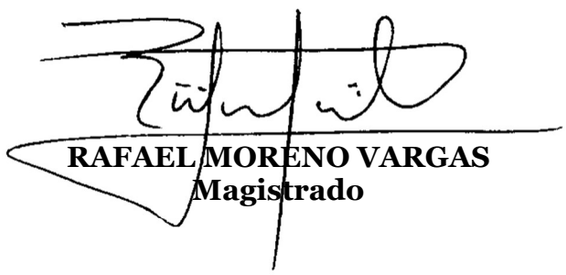
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

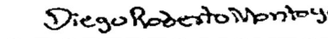
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado NELLY AREVALO MIRANDA contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-034-2019-00162-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada judicial de la demandante y el apoderado judicial de la demandada PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **NELLY AREVALO MIRANDA**, pretende se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación y/o vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- efectuada el 04 de febrero de 2008 en la AFP PORVENIR; se declare que siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación en el RPMPD, actualizando su historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis informó que, nació el 13 de febrero de 1965, afiliándose a CAPRECOM el 12 de febrero de 1992, que el 04 de febrero de 2008 se trasladó al RAIS en la AFP PORVENIR S.A. contando con 678 semanas cotizadas, así mismo manifestó que al momento de su traslado no se le suministró copia del reglamento ni el plan pensional, no se le informó sobre las implicaciones de su traslado, la naturaleza del régimen, las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS, no se le realizaron las proyecciones de su pensión en cada régimen pensional, ni se le sugirió sobre la conveniencia de cotizar y quedarse en el RPMPD; como tampoco recibió asesoría sobre la posibilidad de regresar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años, incumpliéndose así con el deber del buen consejo. Aunado a ello, mencionó que COLPENSIONES tampoco brindó información pertinente respecto a las consecuencias de su Traslado de Régimen. Así mismo anotó que el 30 de octubre de 2008 realizó solicitud de traslado de régimen ante PORVENIR S.A., con respuesta negativa, al considerar que tendría que permanecer como mínimo 5 años bajo este régimen; el 11 de febrero de 2013 radicó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, quien mediante escrito del 25 de febrero de 2013 informó que aún no cumplía el termino de permanencia en el RAIS; solicitando nuevamente su retorno al RPM y/o anulación en el RAIS mediante peticiones del 1° de abril de 2013, 30 de octubre de 2018 y 23 de octubre de 2018, elevó consulta ante la Superintendencia Financiera de Colombia el 9 de marzo de 2017, emitiéndose respuesta el 12 de junio de 2017, finalmente expresó que por solicitud a PORVENIR S.A. se le informó que su mesada pensional sería equivalente a un (1) SMMLV, mientras que de acuerdo a una proyección su mesada en el RPMPD sería de $4.982.507 (fls. 1 a la 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por carecer de legitimación en la causa por pasiva, para ello argumentó que la actora no se encontraba afiliada a COLPENSIONES sino a CAPRECOM, por lo que consideró que no es viable ni posible acceder a lo pretendido. No obstante, en la hipótesis de admitir su traslado, manifestó se debe tener en cuenta que el mismo se efectuó de forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos exigidos para ello; así mismo consideró que no se puede tener como cierto la falta de información basado en el hecho de que las AFP demandadas no realizaron una proyección pensional a la demandante, ni la falta de información sobre las ventajas y desventajas del régimen, por encontrarse esta información consignada en el artículo 59 y ss. de la Ley 100 de 1993 y ser de público conocimiento. Finalmente informó que, para la fecha de la

solicitud del traslado de régimen de la actora, contaba con 53 años de edad y no contaba con 15 años de cotizaciones, resultando improcedente su traslado. Propuso como excepciones de mérito, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica. (Fls. 62 a la 72).

La **AFP PORVENIR S.A.,** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, para ello informó que a la actora se le brindó toda la información correspondiente al RAIS, es decir, las características, funcionamiento y manejo de su cuenta individual, de igual manera se le indicó sobre la existencia de los dos regímenes pensionales; de tal modo que, la afiliación se hizo de manera libre, espontánea, voluntaria, tal como se aprecia en su solicitud de vinculación, con su firma impuesta como señal de la declaración de su voluntad, con el lleno de todo los requisitos que la Ley exige, siendo válida, careciendo de nulidad o vicio en el consentimiento, ratificando su decisión de vincularse a PORVENIR S.A. y con las condiciones vigentes del régimen, subrayando que la demandante pretende desconocer la restricción contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito, propuso las «Prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 125 a la 165).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 23 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 14 de febrero de 2008 a través de la AFP PORVENIR S.A; condenó a PORVENIR S.A. a reintegrar a la demandante todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensiónales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, facultándola para disponer su traslado a otro fondo en el RAIS o intentando la afiliación de primera oportunidad ante COLPENSIONES como actual administradora del RPMPD; absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, recordó inicialmente que, es deber de las administradoras de pensiones brindar una correcta, necesaria y amplia información a sus afiliados, dando a conocer las alternativas, beneficios y posibles inconvenientes,

siendo también deber de las mismas, allegar los medios de prueba idóneos que permitan inferir que se les brindó a los interesados una información libre de vicios del consentimiento, sin que se pueda aducir una manifestación libre y voluntaria por simplemente plasmar la firma en un formato. Así mismo advirtió que la omisión de la información trae como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado; recayendo la carga de la prueba en cabeza de la AFP que realizó la afiliación. Sumado a lo anterior, sostuvo que no es cierto que se deba contar con una expectativa legítima pensional o derecho causado para que proceda la nulidad, dado que puede proceder por la falta del deber de información. De este modo, señaló que no se probó que la AFP hubiere cumplido con el deber de información al momento del traslado, sin que la actora haya confesado en el interrogatorio de parte haberla recibido. En tal sentido, estimó que al restablecer a las partes a su estado inicial, como si el acto no hubiere nacido a la vida jurídica, la consecuencia lógica es que la demandante regrese al RPMPD; sin embargo, consideró que no sería posible disponer la afiliación de la demandante como una carga impositiva a COLPENSIONES, puesto que jamás estuvo afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES sino a CAPRECOM, empero como la actora radicó solicitud de traslado o de afiliación ante COLPENSIONES en el año 2018, instó a la entidad para que la estudiara como si fuera la primera afiliación, pues ésta es una entidad que no ha administrado nunca los aportes de la actora y CAPRECOM fue liquidada de modo que los aportes de la actora los maneja la UGPP. En esa medida, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandante, apeló la decisión advirtiendo que si bien estaba de acuerdo con la declaratoria de nulidad o ineficacia del acto jurídico de la afiliación al RAIS; sin embargo, no era de recibo que la señora demandante para este momento quede desvinculada del sistema de seguridad social, toda vez que lo que se pretende es el cambio de régimen, indistintamente de quien sea la entidad encargada de hacerlo. Que en este caso, si la señora desea regresar al RPMPD, dicha determinación no puede quedar al arbitrio de COLPENSIONES, por ser esta entidad la actualmente encargada de la administración del RPMPD; por lo tanto, debería quedar vinculada con la aceptación de la demandante y no ponerse a estudiar una posible vinculación, cuando sencillamente por el paso del tiempo y por la edad de la actora, podría decirle que la citada entidad no la admite, no habiendo otra entidad que administre este régimen, de modo que la actora queda sin la seguridad social pensional definida, lo cual resulta ser inconstitucional dejándosele

en un limbo jurídico. Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia en cuanto a que se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en este régimen.

A su turno, el apoderado judicial de la AFP **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia proferida en primera instancia, argumentando para tal efecto que no comparte la doble sanción que se le impone en el sentido de declarar la ineficacia y la nulidad, lo cual resulta ser desconocedor de las dos figuras. Advirtió, no se puede equiparar Nulidad e Ineficacia por ser figuras diferentes, ni declarar la ineficacia de una afiliación en razón a que dos entidades tengan presupuestos diferentes. Así mismo, subrayó que se debió ordenar a la demandante restituir a la AFP PORVENIR los rendimientos financieros de los cuales hoy se está lucrando, como son los frutos, toda vez que, se tuvo certeza que la misma nunca estuvo filiada en el RPM. Hizo referencia al error de hecho en los términos de la Sala de Casación Civil, para señalar que no era procedente en el caso del negocio jurídico celebrado. Añadió que tampoco se desvirtuó el principio de buena fe, por lo que se declaró la mala fe arbitrariamente, afectándose el principio de la presunción de inocencia. Aunado a lo anterior, expuso que debió declararse probada la prescripción sobre los gastos de administración, pues conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estos no hacen parte de los dineros de la pensión del demandante en ninguno de los dos regímenes, de modo que son susceptibles de prescribir.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada AFP PORVENIR S.A. presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, entorno a la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, y se revoque por su parte, lo atinente a la absolución a COLPENSIONES, para que en su lugar, admita a la demandante como su afiliada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 16 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de febrero de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el 13 de febrero de 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 04 de febrero de 2013 (Fl. 35), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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, específicamente los formatos de

[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 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".

información laboral, comenzó a laborar al servicio de ADPOSTAL a partir del 12 de febrero de 1992 alcanzando apenas un poco más de dos años de servicios (fls. 26 a 29, 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 04 de febrero de 2008 (Fl. 22), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

En este escenario, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fl. 22), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. esto 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 las demandadas PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 04 de febrero de 2008 (Fl. 22), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo

señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional. En la misma línea, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin de que esta tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

De otra parte, frente al hecho de que la actora al momento del traslado pensional estuviese afiliada a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM (fls. 26 a 29), no resulta relevante o un impedimento para la efectividad de las consecuencias y/o efectos de la declaración judicial de ineficacia de su vinculación al RAIS, pues esta entidad, en los términos del parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 314 de 1996, operaba como una entidad administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, ante lo cual, basta con indicar, que dada la ineficacia de la afiliación al RAIS, debe entenderse que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, siendo actualmente COLPENSIONES la única administradora del mismo, aunado al hecho que según el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 2011 de 2012, *«Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES…»*, *«Los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, mantendrán su condición, derechos y*

obligaciones que tienen, en el mismo régimen administrado por Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, ***sin que ello implique una selección o traslado de régimen de Sistema General de Pensiones****»*, es decir, quienes se encontraban afiliados a dicha CAJA fueron trasladados forzosamente a COLPESIONES.

De tal manera que, en sentir de la Sala, no resulta acertado lo razonado en primera instancia en torno a ordenar entregarle a la demandante todos los aportes abonados en el RAIS, y que ella quede facultada para optar por solicitar una *nueva* afiliación ya sea en el mismo régimen RAIS o ante COLPENSIONES, lo cual equivaldría a desafiliar automáticamente y sin formula de juicio alguno a la actora del sistema de seguridad social en pensiones, lo cual resulta a todas luces inconstitucional, pues como ya se dijo la única entidad administradora del régimen de prima media es COLPENSIONES, que sería el régimen pensional al cual ha de retornar la actora al haberse declarado ineficaz su traslado al RAIS, independientemente de que esta entidad jamás le haya administrado sus aportes, dado que la misma normatividad en cita, estableció que «*la Caja de Previsión Social de Comunicaciones- CAPRECOM,* ***entregará la totalidad de los archivos digitales e información relacionados con los afiliados que estén en las bases de datos y que correspondan al negocio de pensiones, en el estado en que se encuentren, para su administración por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES»*** (Art. 8 D. 2011 de 2012, negrillas y resaltado de la Sala).
En ese sentido, se revocará parcialmente la decisión de primer grado, para ordenar a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada del RPMPD en los términos expuestos.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se revocará parcialmente la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

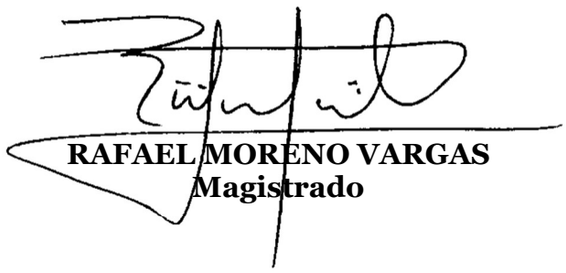
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia objeto de estudio, en su **ORDINAL TERCERO**, para en su lugar, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas en el RAIS, inclusive las que aportó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFÍRMASE EN LO DEMÁS la aludida sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

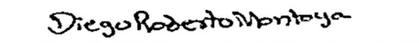
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado MARIA OLGA ISAZA MERCHAN contra la AFP PORVENIR, OLD MUTUAL, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES. Rad. 110013105-003-2019-00275-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio de 2020. De igual modo, se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **MARIA OLGA ISAZA MERCHAN**, pretende principalmente se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación y/o vinculación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, por lo que resultan nulas o ineficaces las afiliaciones a las sociedades administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y a OLD MUTUAL. En consecuencia, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Se ordene a las AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y a OLD MUTUAL, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Se ordene

a COLPENSIONES, reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPMPD, recibir los aportes y rendimientos devueltos por las mencionadas AFP y actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la parte demandante. Se condene a las AFP privadas, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resultan inexistentes las afiliaciones a las AFP. Como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación. Así mismo, se ordene a las AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y a OLD MUTUAL S.A., la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora. Se ordene a la AFP COLPENSIONES, reactivar la afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPMPD, recibir los aportes y rendimientos devueltos por las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y por OLD MUTUAL S.A. y actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a su disposición. Se condene a la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a OLD MUTUAL S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 05 de febrero de 1960, afiliándose al ISS el 27 de noviembre de 1984 hasta el año 1994. Sostuvo que se trasladó al RAIS en la AFP PORVENIR S.A. en octubre del año 1994, la cual es nula por no recibir información técnica y adecuada. Posteriormente y por las mismas razones, suscribió diferentes formularios de afiliación con diferentes administradoras así: en septiembre del año 1995 con PROTECCIÒN S.A., en junio del año 2005 con SKANDIA, hoy OLD MUTUAL; en agosto del año 2006 reingresó a la AFP PORVENIR; por último, en octubre del año 2012, se afilió nuevamente a la administradora OLD MUTUAL. Señalando, que ninguna de estas administradoras, le informó las implicaciones del traslado, la naturaleza del régimen, así como una información completa y comprensible sobre dicho cambio. No se le informó sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, sobre las distintas opciones o proyecciones de pensión en cada régimen pensional, tampoco sobre las distintas modalidades de pensión y por ende que el valor pensional dependía de la modalidad que se escoja, igualmente, lo asesores no explicaron que la negociación del bono pensional dependía en gran manera de un sacrificio financiero; por estas razones, la voluntad de la señora MARIA OLGA ISAZA MERCHAN fue viciada. Anudando lo anterior, el asesor

encargado de la afiliación y traslado de la demandante, no era persona experta en el tema que lo acreditara para suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión. Arguyó que, en el año 2019 les solicitó a las administradoras privadas la nulidad del traslado al RAIS, de igual manera, solicitó a COLPENSIONES, declarara que siempre estuvo vinculada al RPMPD, cuyo resultado fue negativo. Quedando agotada la vía administrativa. Por último, arguyó que la falsa expectativa creada por los fondos privados y la incertidumbre, ha generado en la demandante gran impacto emocional permanente, al no tener un ingreso asegurado para ella y su núcleo familiar (fls. 3 a 14).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la administradora ha actuado bajo la buena fe, además, la validación de los requisitos del traslado de los usuarios o afiliados, debe ser efectuado por la AFP a la que esté afiliado el ciudadano, la cual para el presente caso no es COLPENSIONES. De otro lado, la accionante cuenta con una edad de más de 60 años de edad, lo que no la hace beneficiaria de algún Traslado y tampoco lo es del régimen de transición, pues no se encuentra probado en el proceso que la actora cuente con más de 15 años o más cotizados. Como excepciones de fondo, presentó las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 115 a la 123).

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que todas las personas que se han afiliado a esta administradora, lo han hecho de manera libre y voluntaria, prueba de ello, es la suscripción del formulario de afiliación que cumple con los preceptos legales. Respecto a la asesoría, resaltó que esta se hizo conforme a la normatividad de la época, adicionalmente los asesores de esta entidad prestan una información clara, completa, integral y profesional. Por estas razones, no es procedente que la actora pretenda la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por un vicio del consentimiento, ya que tenía pleno conocimiento de que, al trasladarse de régimen, se cambian también las condiciones pensionales y las condiciones de estas. Ahora bien, señaló no es posible alegar un error por vicio en el consentimiento teniendo en cuenta que «el desconocimiento de la ley no sirve de excusa». Cabe resaltar que la accionante teniendo el derecho de trasladarse nuevamente de régimen, no hizo uso de esta facultad. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación y

falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP´s convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «traslado de aportes», «improcedencia de condena en perjuicios» e «innominada o genérica» (Fls. 135 a la 148).

De igual manera, la **AFP PORVENIR S.A**., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que no existen razones fácticas o jurídicas procedentes para la declaratoria de ineficacia o nulidad, teniendo en cuenta que la decisión de la actora que siendo capaz, la realizó de forma consciente y espontánea y bajo el cumplimiento de todas las normas existentes para la época; además suscribió la solicitud, de vinculación con lo que ratificó que su decisión fue voluntaria y libre, la cual no puede ser considerada como un requisito formal ya que precedió un requisito normativo. De otro lado, la proyección pensional no era legalmente exigible, teniendo en cuenta que estas son variables que pueden cambiar respecto al número de semanas cotizadas, edad, expectativa de vida, entre otras, las cuales cambian el contenido y exactitud de la proyección. En cuanto al desconocimiento alegado, indicó debía tenerse en cuenta que la actora también tenía el deber de informarse respecto del régimen del traslado pensional y sus consecuencias y en caso de que no haya existido una debida información, no todas dan lugar a una nulidad absoluta; ni tampoco la actora hizo uso de las oportunidades para hacer un traslado de régimen. Como excepciones de mérito, propuso las de «Prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido», y «buena fe» (Fls. 238 a 265).

Por otro lado, frente a la AFP **OLD MUTUAL**, al no haber subsanado la contestación de la demanda, el juzgado de conocimiento la tuvo por no contestada (Fl. 283).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 14 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 13 de octubre de 1994 a la AFP PORVENIR, así como los traslados horizontales realizados posteriormente dentro del mismo régimen, para entender vinculada a la actora al RPMPD administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, condenó a OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES todos valores que recibió

por la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el caso que las hubiere realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó igualmente a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los aportes que efectúe OLD MUTUAL S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado de este régimen y a actualizar su historia laboral. Declarar como no probada la excepción de prescripción alegada por cada una de las demandadas y las condenó en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que es deber legal de las administradoras brindar información suficiente, amplia y oportuna a los usuarios durante su afiliación, permanencia y acerca de las prestaciones económicas de las cuales tenga derecho el afiliado, esto mediante normatividad aplicable para el momento de afiliación de la actora. Además, las administradoras de pensiones tienen la carga de la prueba acerca de la información de las diferencias de uno u otro régimen, respecto de la rentabilidad, el traslado, devolución de saldos, en general, las características de uno y otro régimen; lo cual, en el caso de autos no se evidenciaba. De otro lado, señaló en torno al traslado de la actora hacia diferentes administradoras del mismo régimen, que estos no configuraban una ratificación de la decisión del cambio de régimen. Concluyendo así, que no se probó que la administradora PORVENIR S.A., haya cumplido con el deber de información, y que con el diligenciamiento del simple formulario pre-impreso no se configuraba el mismo. En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que el traslado de régimen no estaba sujeto a la misma, toda vez que estaba ligado al derecho a la pensión, el cual se torna en imprescriptible.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR** apeló la decisión, considerando que, de acuerdo a la carga dinámica de la prueba, para la fecha no existía la obligación de guardar soporte documental de la información que se brindaba al afiliado, pues esta obligación sólo surge a partir de la Circular 16 de 2016 de la Superfinanciera, de allí que para la fecha del traslado en el año 1994, no se puede pretender que presente una prueba en la cual deje claro dicha circunstancia, por cuanto no se le puede obligar a un imposible de demostrar un soporte documental no era obligatorio para la fecha, sólo debía reposar el formulario de afiliación, con la cual se demostraba la voluntariedad de pertenecer al RAIS; agregó que como carga dinámica de la prueba, en el interrogatorio de parte la actora confesó que el asesor le brindó la información respecto a la rentabilidad que se producía dentro del RAIS, que sus aportes pertenecían a una cuenta de ahorro personal y que a diferencia del RPMPD, no hacía

parte de una cuenta común, haciéndosele una diferenciación con respecto a COLPENSIONES, así mismo se le habló sobre el bono pensional, en el cual los aportes que realizó al ISS traspasaban al RAIS. Así mismo, se le habló sobre los beneficiarios en los cuales tenían el derecho a acceder a esos aportes en caso de fallecimiento de la afiliada. Arguyó, que debe tenerse en cuenta que la diferencia en el monto pensional no es óbice para entenderse una ineficacia o un engaño por su parte, siendo éste el motivo de la actora para retornar al RPMPD. Agregó, desde un inicio, a la afiliada si se le brindó la información clara, necesaria y suficiente, tanto es así, que, por esa misma información, ella decidió continuar en el RAIS realizando varios traslados. De allí que se dio permanente en el tiempo, estando ahora afiliada a SKANDIA. Asimismo, destacó que el Decreto 2241 de 2.010 establece que al suscribir documentos ante cualquier AFP y no se realice una oposición a ese, se tiene como asumido todos los riesgos de este régimen al cual se vincula. Con base a lo anterior y teniendo en cuenta que la actora no demostró que se le hubiera obligado a realizar la vinculación, sino que, por el contrario, fue libre, voluntaria e informada, solicita se revoque la decisión y se declare la validez de la vinculación al RAIS.

El apoderado de **COLPENSIONES** apeló la decisión, señalando para tal efecto, que el fundamento que debe tenerse en cuenta para el traslado de afiliación es la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que el de la CSJ es contraria a los intereses de COLPENSIONES, precisando que esta Jurisprudencia solo se refiere a las AFP´s y a los afiliados, más nunca se tiene en consideración a Colpensiones que es un tercero. Tampoco resultan procedente las sentencias de Tutelas mencionadas por el Juez ya que estas son Inter partes, pudiéndose hacer extensivas a los demás afiliados. Por último, sostuvo que durante el proceso se probó la firma del formulario y la información de los asesores para el primer traslado, no para los otros, por lo que no se puede acreditar la ineficacia de los traslados, advirtiendo que esa declaración no puede tomarse de manera parcializada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR y COLPENSIONES presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, PROTECCIÓN S.A. alegó solicitando que ante una eventual condena en su contra, se tenga en cuenta la improcedencia de la devolución de comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional. Por su lado, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 36 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 05 de febrero de 1960, por lo que la edad de

[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 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".

57 años, la cumplió el 05 de febrero de 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante las accionadas PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES el 25 de febrero de 2019 (fl. 68), 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 381 semanas de cotización (fls. 48-49), equivalentes a casi 8 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, pretende la parte 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 13 de octubre de 1994 (Fl. 37), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que

tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 37), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de octubre de 1994 (fl. 37), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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. En la misma línea, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

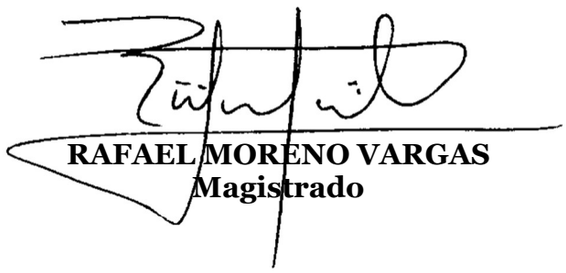
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAIME NOEL MATALLANA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-008-2019-00364-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio del 2020. De igual modo, se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JAIME NOEL MATALLANA**, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado del demandante al RAIS, ante la omisión de PORVENIR S.A. del deber profesional de información; como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado y afiliación del accionante a COLPENSIONES como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, del mismo modo se ordene a PORVENIR S.A. la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieran causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, en igual forma condenar a PORVENIR S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de este fondo, al momento de dictarse sentencia a seguir pagando al demandante hasta tanto sea trasladado por el

fondo demandado todos los recursos y sea incluido en nómina pensional por ese, también se condene al pago en costas del proceso a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 02 de diciembre de 1976, informó que como consecuencia de la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó el 27 de agosto de 1997 a PORVENIR S.A., el asesor al momento de la afiliación lleno un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas, indicó que PORVENIR S.A no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión, tanto en el RPMPD como en el RAIS, tampoco le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por parte de la administradora para realizar la proyección de pensión, en igual forma omitieron informarle que el valor de la mesada pensional iba a cambiar, indicó que PORVENIR S.A. no le entregó información acerca de la edad que debía cotizar y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez igual o equivalente a la del I.S.S hoy COLPENSIONES, omitiendo informar cual será el monto del capital ahorrado exigido, para tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado de pensiones, explicó que no se le informó que si quería pensionarse en el fondo privado antes de la edad requerida o en forma anticipada, que debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública, ya que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión, así mismo no le entregó información indicándole, que de tener cónyuge o compañero permanente o un hijo discapacitado, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta del afiliado, y sus beneficiarios; de igual manera, que PORVENIR S.A. no le dio a conocer que tenía derecho a retractarse de la afiliación al fondo privado, recalcó que PORVENIR S.A. publicitó información que faltaba a la verdad, u ocultaba la misma. Que la AFPCOLFONDOS S.A., al momento de la afiliación y traslado de régimen, no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tornándose dicho traslado en nulo o ineficaz. De otro lado, sostuvo haberle solicitado a PORVENIR S.A., copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión del traslado de régimen, sin que ello hubiere ocurrido, pues no le entregó los documentos o pruebas solicitadas. De igual manera, informó haber solicitado a las demandadas anular la afiliación y su retorno a esta última, obteniendo respuestas negativas. Finalmente indicó que, mediante estudio comparativo, entre el RPM y el RAIS, el monto de la pensión arrojó una diferencia de $2.093.907, siendo en el RPM superior (Fls. 03 a 37).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que consideró fue el mismo actor quien hizo dicho traslado a voluntad propia, y enfatizó que COLPENSIONES no tiene por qué asumir los errores de omisión del demandante y de la administradora del RAIS, así mismo indicó que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la ley para recuperar el RPMPD, en igual medida considera que no le corresponde a COLPENSIONES el pago de costas y agencias en derecho toda vez que es PORVENIR el único fondo responsable jurídica y legalmente del traslado del demandante. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «Buena fe», «Innominada o genérica» (Fls. 217 a 228).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a las pretensiones por considerar que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presione o engaños, aplicando para el demandante la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así las cosas indicó que el accionante desconoce que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 10 de 1993, se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes. Precisó que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 255 a 285).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de julio del 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante efectuado el 21 de agosto de 1997 mediante su afiliación a PORVENIR, condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del accionante, así mismo, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor MATALLANA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos

cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es los rendimientos que se hubieren causado. Condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR, que reposaban en la cuenta de Ahorro Individual del demandante y a actualizar su historia pensional. Se abstuvo de condenar en Costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó con relación al deber de información, que la normativa anterior a la afiliación, ya contenía preceptos indicativos del deber de información necesaria para lograr la transparencia necesaria al momento de seleccionar el fondo de pensiones, de tal forma que los usuarios pudieses tener las mejores ofertas del mercado y al estar las administradoras bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, debían cumplir con dicho deber. Por lo cual, sostuvo, la falta de información se pude constituir como un atentado contra los derechos del trabajador. Agregó que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información para cada caso específico, con las respectivas diferencias, ventajas y desventajas de uno y otro régimen y la incidencia que puedan tener en la vida pensional; señalando que el deber de la buena información, se debe dar a todos los afiliados, sin distinción derivada de la afiliación ya que no se puede dar una información parcializada, sin tener en cuenta si son o no beneficiarios del régimen transicional. En ese orden, concluyó que, en el presente caso, no se logró acreditar que al demandante se le haya dado una asesoría suficiente, mucho menos, por el hecho que el demandante tenga algunos conocimientos del RAIS, pues estos los obtuvo con motivo del traslado de un régimen a otro, por ello, no se acreditó algún conocimiento del actor ni información respecto de las características ni las desventajas que tendría para obtener su pensión. Indicando, de igual modo, que el formulario de afiliación no puede tenerse como prueba documental del consentimiento de afiliación, en tanto que este documento no representa prueba del consentimiento informado. Por estas razones, encontró viable declarar la ineficacia del traslado de régimen. Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que el traslado de régimen no está sujeto a un término de prescripción, toda vez que está ligado al derecho pensional, el cual se torna imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

El apodero judicial de la accionada **PORVENIR S.A.,** apeló la decisión, solicitando se revoque y en su lugar se absuelva a PORVENIR, argumentando que no puede hacerse un traslado automático de la carga de la prueba, porque debe analizarse cada

caso en particular, así las cosas, para el caso que nos ocupa, al momento para el que el demandante realizó el cambio de régimen, no estaba generando un perjuicio, como sí ocurrió en otras jurisprudencias en las que se ha pronunciado la Corte Suprema, agregó que no existía obligaciones adicionales a las AFP, diferente de la manera documental a suscribir el formulario de afiliación, por ende, no puede pretenderse una obligación de forma retroactiva de la información, considerando que si bien no puede concluirse del interrogatorio de parte que se le brindo información, tampoco puede concluirse que falto a la misma, por el hecho que el demandante no recuerde circunstancias de tiempo modo y lugar, más cuando se menciona que la asesoría duró 45 minutos. En igual medida apeló lo concerniente a los gastos de administración porque ello no se *fijó* en la fijación del litigio y considera no es una facultad de lo ultra y extra petita, porque son situaciones que deben probarse dentro del proceso, así mismo porque no se motivó dentro del fallo y porque considera que desconoce el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que corresponden al pago de las primas de seguro durante el tiempo que el demandante estuvo cubierto.

Por su parte, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, la apeló solicitando sea revocada íntegramente, al considerar que para el momento en que el demandante efectuó el traslado, la única exigencia normativa, era la suscripción del formulario de vinculación, no podría entonces exigirse a las AFP demandadas allegar otro medio probatorio, al no existir ningún otro medio probatorio que se pueda aportar como medio de convicción, es una carga inexistente para la época, lo cual es poner una responsabilidad a las AFP sin tener el medio para hacerlo. Además, consideró que la inconformidad del actor se basa en la diferencia de la mesada pensional que va a obtener, siendo una situación que consideró no es atribuible a las aseguradoras ni del RAIS ni del RPMPD, considerando que no es argumento suficiente para que se declare a ineficacia, agregando que la Ley es general y aplica para todas las personas sin importar su condición particular.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; la parte actora por su parte, solicitó se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 64 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 09 de enero de 1958, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 09 de marzo de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante

[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 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".

las petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de marzo de 2019 (Fl. 60 a 62), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 125.87 semanas de cotización aproximadas (fls. 44 y 45) equivalentes a un poco más de 2 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, pretende la parte 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 27 de agosto d 1997 (Fl. 59), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 59), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de

agosto d 1997 fl. 59), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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. En la misma línea, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

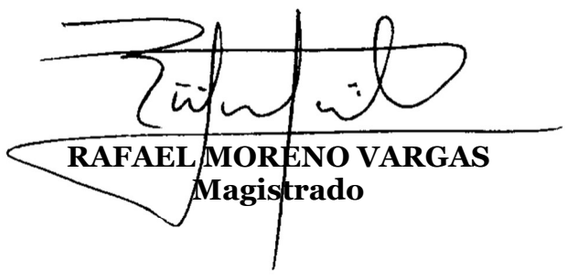
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado GUSTAVO SANCHEZ RAYO contra COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-029-2019-00074-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES

El señor **GUSTAVO SANCHEZ RAYO** pretende se declare la nulidad de la afiliación y/o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuada el 15 de octubre de 1999 a la AFP COLFONDOS, a su vez, la afiliación a la AFP PROTECCIÓN, efectuada el 23 de julio de 2002. En consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de lo ahorrado junto con los rendimientos y el bono pensional que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, todo con destino a Colpensiones, derechos ultra y extra petita, costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 22 de febrero de 1956, haberse afiliado al ISS el 8 de marzo de 1976, donde permaneció afiliado hasta el 15 de octubre de 1999, cuando se trasladó al RAIS en la AFP COLFONDOS S.A; sin embargo, sostuvo que esta administradora mediante un ejecutivo de cuenta le informó que podía pensionarse a la edad que quisiera o

solicitar la devolución de saldos incluyendo el bono pensional, situación ésta, más benéfica para él. Además, le aseguró sobre la desaparición del ISS y la sola subsistencia de los fondos privados, generándole incertidumbre sobre el futuro pensional. Por esto y confiando en la buena fe del ejecutivo de cuenta, se traslada al régimen pensional administrado por COLFONDOS. Posteriormente, el 23 de julio de 2002, un ejecutivo de cuenta de PROTECCIÓN le asegura al señor GUSTAVO SANCHEZ RAYO mejorarle la rentabilidad de sus aportes, confirmándole la posibilidad de poder pensionarse a la edad que deseara y con un monto superior a los 10 SMLMV, propuesta que propició el traslado a la AFP PROTECCIÒN. Señaló que el 14 de junio de 2018, PROTECCIÓN le informó que eventualmente podría acceder a una pensión de $1.395.103 al cumplir 63 años, mientras que en el RPMPD la mesada sería de $4.424.776, muy diferente a lo ofrecido por COLFONDOS al momento de la afiliación, situación que genera un grave y notorio detrimento de su patrimonio económico. Más adelante, el 12 de marzo de 2018 solicitó a PROTECCIÓN los documentos y soportes de asesorías brindadas por el fondo, cuya respuesta indicó la inexistencia de soportes; por lo cual, el 21 de mayo de 2018 solicitó a esta misma AFP la anulación de la afiliación, obteniendo respuesta negativa, bajo el argumento que la petición solo es procedente mediante vía judicial pero que tampoco reúne los requisitos para trasladarse de régimen. Por último, indicó haber solicitado ante el ISS el 04 de diciembre de 2009 y el 03 de septiembre de 2010 el traslado de régimen (fls. 98 a 110).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADIMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que las pretensiones de la demanda carecen de sustento fáctico y legal, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad por la voluntad del señor GUSTAVO SANCHEZ RAYO de trasladarse de régimen pensional, permaneciendo más de 20 años en el fondo privado. De otro lado, el actor no pude alegar su propia culpa para beneficiarse, contando con más de 20 años para informarse acerca de la veracidad de la información brindada por el asesor, consecuentemente, con el paso del tiempo realizando cotizaciones permanentes, subsanó cualquier tipo de error. De otro lado, el demandante no es beneficiario del traslado de régimen, debido a que cuenta con menos de 10 años para alcanzar la edad pensional. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir», «cobro de lo no debido», «buena fe», «declaratoria de otras excepciones» y «prescripción» (Fls. 129 a la 133).

De igual modo, **PROTECCIÓN** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, al señalar que las personas afiliadas a esta Administradora lo han hecho de forma libre y voluntaria, prueba de ello es el formulario de afiliación, que cumple con todos los requisitos exigidos, dentro del cual el actor manifiesta su voluntad libre de vicios del consentimiento. De otro lado, la información suministrada fue completa, comprensible y conforme a la normatividad y exigencias de la época; consecuentemente, a los afiliados se les informa que la posibilidad que tienen de optar por una pensión anticipada depende del capital con que cuente para que este les permita financiar una pensión superior al 110% de un SMLMV al año de 1993, de igual manera sobre las implicaciones y diferencias entre ambos regímenes. De otro lado y teniendo en cuenta la inconformidad del afiliado, no hizo uso del derecho de retracto, ratificando así su decisión de permanecer en el RAIS. Como excepciones de mérito, propuso las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «Prescripción», «aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones» e «innominada o genérica» (Fls. 147 a la 155).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, con fundamento en que esta administradora capacita a sus asesores para que ellos informen a los posibles afiliados sobre las características propias del RAIS y el RPM, garantizando que los mismos tomen la decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. De otro lado, el demandante manifiesta su libre voluntad al solicitar afiliación a esta administradora con el diligenciamiento del formulario que se ajusta a la Ley; con lo cual resulta claro que el demandante expresó su voluntad de traslado, sin hacer uso de su derecho de retracto. Por último, consideró que la acción ya se encuentra prescrita. Como excepciones de mérito, propuso las de «Validez de la afiliación a COLFONDOS», «buena fe», «inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 200 a la 208).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación del señor GUSTAVO SANCHEZ RAYO el 15 de octubre de 1999 efectuada en la AFP COLFONDOS S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere

recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, rendimientos, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Ordenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÒN todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, hizo alusión en primera medida, al allanamiento de la AFP COLFONDOS, lo cual conllevaba una aceptación de los hechos incoados en la demanda. En ese sentido, señaló que COLFONDOS S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente, para que éste tomara una decisión adecuada. De otro lado, se señaló que si el demandante no se hubiera trasladado de régimen, tendría una pensión más beneficiosa conforme a sus intereses. Igualmente, la falta de información o la información errónea que se le suministró por las AFP, además de la declaratoria de allanamiento por parte de COLFONDOS, llevaba a tener como cierta la declaratoria de nulidad. Aunado a ello, sostuvo que si bien el afiliado para el momento no era beneficiario del régimen de transición, tal circunstancia no suprime el deber de información de las administradoras.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2020 (fl. 252), se cumplió con lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187

de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 02 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 22 de febrero de 1956, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 04 de diciembre del 2009 (fl. 45) cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y ante PROTECCIÓN el 21 de mayo del 2018 (fls. 33 a 41) cuando ya había cumplido la edad de pensión y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 648 semanas de cotización (fls. 7 a 13 y 163) equivalentes a 12 años, 7 meses y 6 días, por lo que no se encontraba en la excepción

[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 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".

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, pretende la parte 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 15 de octubre de 1999 (fls. 3 y 209), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante 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 el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 3 y 209), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (15 de octubre de 1999 (fl. 03), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así

realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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 el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JORGE ANTONIO CARDOZO RUBIO contra la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÒN y COLPENSIONES Rad. 110013105-029-2019-00160-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS), respecto a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de enero de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ANTONIO CARDOZO RUBIO**, pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD, al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS. Se declare la ineficacia de la movilización del demandante entre los fondos de pensiones y cesantías, declarándose que continúa en el RPMPD. En consecuencia, se establezca que está válidamente vinculado al RPM administrado por Colpensiones y se condene a PROTECCIÓN a reportar la novedad en el sistema SIAFP, y trasladar todos los saldos como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte junto con sus rendimientos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, se condene y ordene a PROTECCIÒN que en un término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, montos de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos que se hubieren causado a

COLPENSIONES. Ordenar a COLPENSIONES que proceda con la afiliación y a recibir todos los aportes girados por la AFP PROTECCIÒN. Finalmente, se condene en costas, gastos, expensas y agencias en derecho a las demandadas, así como a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 06 de junio de 1963, se afilió al ISS el 11 de enero de 1983. Sostuvo que se trasladó al RAIS, a la AFP PORVENIR S.A., en diciembre de 1997, reporta que los aportes de pensión entre RPM y RAIS un total de 1162.43 semanas; sin embargo, sostuvo que esta administradora omitió asesorar e informar al peticionario sobre una expectativa pensional o legítima, una proyección de cuál sería el capital para aportar de acuerdo al IBC, sino por el contrario dio a conocer falsas expectativas, entre otras condiciones del traslado. Según su historia laboral, expedida por la AFP PROTECCIÒN, ha hecho una movilización a otros Fondos de Pensiones Privados, tales como Horizonte, Porvenir y Protección. Para el momento, COLPATRIA, con su afán de capturar de forma masiva afiliados del RPM, omitió informarle que el valor de la pensión depende directamente de la modalidad de retiro programado, faltando así con su deber profesional para aconsejarlo de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado; además esta AFP intimidó el consentimiento del afiliado enfundando terror al asegurarle la terminación del ISS; en consecuencia, tampoco le advirtió de las consecuencias negativas que generaría el traslado. Además, el formato de vinculación es contenido propio del Fondo, junto con su logo y no cuenta con la participación del usuario y en este no se refiere a ninguna posible ventaja o desventaja del cambio de régimen de prima media al fondo privado. Esta entidad también omitió información relativa a que para pensionarse con el RAIS es con el capital acumulado y con el RPM con semanas y edad. Por estas razones la AFP COLPATRIA lo asaltó en su buena fe y haciendo creer que estaba firmando de manera libre, espontánea y sin presiones; sino por el contrario las AFP COLPATRIA, HORIZONTE, PORVENIR y PROTECCIÒN guardaron silencio de explicarle sobre la cesión con la AFP PORVENIR, ni tampoco se la suministraron durante el proceso de traslado entre regímenes; estas administradoras no le informaron sobre las garantías o ventajas de la posibilidad de regresar al RPM dentro de los tres a cinco años de permanencia. (fls. 42 a la 59).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que el demandante no probó ninguna causal de nulidad, sino que por el contrario confesó afiliarse a COLPATRIA, PROTECCIÒN, HORIZONTE, sociedad fusionada por absorción con PORVENIR por lo tanto, existió la voluntad de trasladarse de régimen

pensional, máxime cuando duró más de 22 años cotizando para el Régimen Privado; no puede el demandante alegar su propia culpa para beneficiarse, en razón a que por más de 22 años no preguntó ni averiguo si lo manifestado por el asesor era o no cierto. Ahora bien, si existió algún tipo de error, este fue subsanado por el paso del tiempo. Por último, en el presente caso no es posible hacer un Traslado de Régimen Pensional, en virtud a que por disposición legal, no se puede llevar a cabo cuando el afiliado cuente con 10 años o menos para adquirir la edad pensional. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir», «cobro de lo no debido», «buena fe», «declaratoria de otras excepciones» y «prescripción» (Fls.78 a 85).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, debido a que la vinculación se realizó en virtud de la voluntad, libre, espontánea y sin presiones, por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación. De otro lado, la información que se le brinda a los afiliados es acorde con las disposiciones legales y los asesores encargados de impartir la información se encuentran capacitados a fin de garantizar una adecuada orientación y asesoría a los usuarios; siendo enfáticos en indicar que el sistema de ahorro individual depende directa y exclusivamente del afiliado, de manera que el demandante no puede aducir engaño además porque el actor tuvo la oportunidad de leer, preguntar o solicitar información en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes; por otro lado, el demandante no ejerció su derecho al retracto lo que ratificó su voluntad de traslado. De otro lado, el accionante es quién tiene la carga de la prueba siendo él quien alega la culpa, o la mala fe; en tanto que el actor no puede incoar su propio error para beneficiarse. Por último, si el demandante no es persona excluida del régimen ni tampoco es beneficiario del régimen de Transición, no hay un derecho adquirido, ni mucho menos una expectativa legítima que lo deba cobijar. Como excepciones de fondo, propuso las de «Prescripción», «falta de causa para pedir la inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa», «innominada o genérica», «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones» y «debida asesoría del fondo» (Fls. 89 a 96).

La **AFP PROTECIÒN S.A.,** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando que el señor JORGE ANTONIO CARDOZO RUBIO solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a esta administradora. Además, no se evidenció que haya existido ningún tipo de vicio de consentimiento. Sumado a esto, el 17 de abril de 2015, mediante una re asesoría se le indicó al demandante que tenía

como fecha límite para retornar al RPM hasta el día 05 de junio del 2015, adicionalmente, esta información fue igualmente enviada al correo del afiliado. Por lo anterior, está probado que no hay algún error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento. Respecto al régimen de transición, el actor no es beneficiario del mismo ya que cuenta con 56 años de edad. No obstante, en la medida que se llegare a declarar la ineficacia en el presente proceso, NO es procedente ordenar la devolución de los montos descontados por comisión de administración, a que estos fueron conforme a la ley y acorde a una contraprestación de una buena gestión de administración y, los frutos que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de Ahorro Individual, producto de una buena gestión de la AFP, los cuales esta administradora debe conservar. Como excepciones de mérito, propuso las de «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe por parte de AFP PROTECCIÒN S.A.», «inexistencia de perjuicio», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «Prescripción» y «genérica (Fls. 129 a 136).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del día 23 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 22 de diciembre de 1997 a la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que devuelva PROTECCIÓN, con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos y a actualizar su historia pensional. Se abstuvo de condenar en Costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que la AFP PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad del actor estuvo viciada por falta de ilustración. Lo anterior, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, agregando, que las afiliaciones posteriores no generan ninguna incidencia en el análisis de la afiliación inicial. Precisó igualmente, que no tiene importancia si las personas son beneficiarias o no del régimen de transición o si cuentan con una expectativa legítima, sino que todas las administradoras deben cumplir con el deber de

la doble asesoría y son estas mismas quienes tienen la carga de la prueba para soportar que ellos efectivamente brindaron la asesoría correspondiente con las características que presenta el RAIS, lo que para el presente caso, no se logró desvirtuar frente a lo contenido en la demanda por el demandante.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado y en su lugar sea absuelta de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando, en el presente asunto no se tuvo en cuenta el formulario suscrito de manera libre y voluntaria por parte del actor, legajo que no fue desconocido ni tachado y que por tanto surte plenos efectos probatorios al tenor de las normas procesales. Atendiendo lo anterior, refiere, debe tenerse en cuenta la expresión de voluntad allí descrita, así como en los demás formularios firmados por el demandante, en los cuales aceptó que entendía que era el RAÍS. Frente al suministro de información, asegura, para la fecha en que se produjo el traslado del accionante no existía la obligación de informar, pues esta surge hasta el año 2004. En todo caso, advierte, publicó en un diario de amplia circulación nacional las condiciones y requisitos de un régimen y otro, así como sus beneficios, acreditando con ello el deber de información, máxime si se tiene en cuenta la cantidad de tiempo que lleva el demandante cotizando para el sistema sin que se acercara a consultar sobre su situación pensional. Por otra parte, señala, en el asunto no se trata de una ineficacia de pleno derecho porque el acto jurídico si nació a la vida jurídica, en tanto cumplió con los requisitos propios de la ley pues el actor era una persona capaz, profesional, por lo que de analizarse una nulidad, esta debe ser relativa por error de hecho que puede ser saneada por la voluntad de las partes y la ratificación de las mismas en el evento de que se vea afectada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2020 (fl. 181), se cumplió con lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 03 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 06 de junio de 1963, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de febrero de 2019 (folios 8 y 9), a PORVENIR y PROTECCIÓN por petición del 12 de febrero siguiente (folio 10 a 11, y 16 a 17), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 277.14 semanas de cotización (folio 124 vto.), equivalentes a 5.31 años, por lo que no se

[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 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".

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, pretende la parte 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 22 de diciembre de 1997 (fl. 103), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 103), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 101 a 102 y vuelto, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (22 de diciembre de 1997, fl. 103), el deber de información para con el 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (fl. 99,103 vto., 104), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio.

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

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual

es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

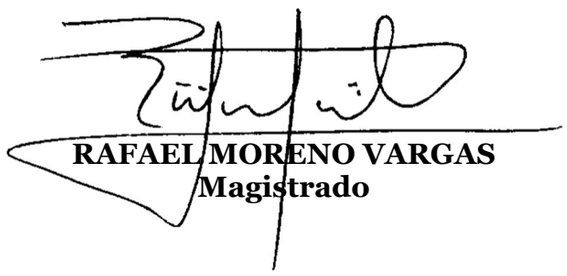
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

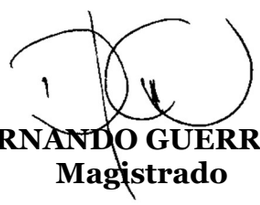
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

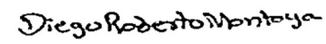
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de voto

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ERNESTO ALONSO RODRIGUEZ DE FRANCISCO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-013-2019-00580-01

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES S.A, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de la misma, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio del 2020.

ANTECEDENTES

El señor **ERNESTO ALONSO RODRIGUEZ DE FRANCISCO**, pretende se declare la ineficacia del traslado realizado en el año de 1999 a COLFONDOS S.A, como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos dicha afiliación y se ordene a la COLFONDOS S.A. trasladar la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses efectuados a COLPENSIONES, y a esta, aceptarlos, así como a efectuar su afiliación al RPMPD. Se condene en costas a las demandadas, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que estuvo afiliado al RPMPD desde el 07 de enero de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1999, cotizando un total de 869 semanas. Señaló que en el año de 1999, el asesor de la AFP COLFONDOS S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar, así mismo le indicó que la mesada pensional obtenida en el RAIS iba a ser igual o mejor, pero nunca inferior a la que se podría obtener con el RPMPD, y que podría pensionarse mucho más joven en el RAIS, sin explicar que ello podría desmejorar el valor de la mesada pensional;

en igual medida omitió informarle al momento del traslado, que perdería el régimen de transición, pese a ser beneficiario del mismo, pues contaba con más de 40 años para el 01 de abril de 1994. Señaló que COLFONDOS S.A. no le informó que en el RPMDP le faltaban menos de 3 años para completar las semanas mínimas requeridas para pensionarse. Mencionó que, durante la vinculación con COLFONDOS, no recibió asesoría sobre su situación, donde le indicaran, qué le convenía más para su futuro pensional, o que tenía hasta la edad de 52 años para verificar si continuaba cotizando con el fondo privado o si decidía trasladarse al RPMPD. Agregó que el 10 de julio de 2019, radicó solicitud ante COLPENSIONES para que se declarara la ineficacia de la afiliación por existir engaño y omisión por parte del fondo privado, agotando así la reclamación administrativa, solicitud que fue resuelta de manera negativa el 15 de julio de 2019. Finalmente, mediante comunicado del 22 de julio de 2019, COLFONDOS expidió simulación pensional, en la que le indicó que podría tener una mesada pensional a sus 66 años de $2.560.000 (Fls. 2 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, considerando para tal efecto, que carece de legitimación para pronunciarse sobre la solicitud de declarar la nulidad de la afiliación a COLFONDOS, como quiera que la misma fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por lo tanto sería inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables en relación con un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte. En todo caso, precisó que esta administradora no podía atender de manera favorable la solicitud elevada por la parte actora, encaminada a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen y la reactivación de su afiliación, por cuanto Colpensiones carece de competencia para declarar nulidades en la materia, pues es al juez del trabajo a quien corresponde determinar la validez y/o eficacia del traslado. Propuso como excepciones las de «prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 99 a 102).

Mediante auto del 06 de febrero de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS S.A. (Fls.117).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de julio del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A. el 30 de octubre de 1999, del mismo modo, condenó a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los dineros ahorrados por el demandante en el RAIS,

incluyendo lo referente a seguros, bonos y gastos de administración. Condenó a COLPENSIONES a tener como afiliado al accionante y a recibir los dineros referidos, así como a actualizar la historia laboral.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que, con base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, la escogencia del régimen pensional debe estar precedida de la libertad y voluntad de escogencia. Por tanto, las administradoras deben brindar sus servicios de manera oportuna, eficaz y eficientemente, lo cual conlleva a la debida información en todas las etapas, desde la antesala de la afiliación, hasta las condiciones para el disfrute pensional, debiendo informar de manera completa y comprensible todos los pormenores; de lo contrario afectaría el derecho irrenunciable a la seguridad social de los afiliados. Agregó en tal sentido, la administradora incurre en engaño al administrado cuando falta a su deber de información, no sólo en lo que afirma, si no en los silencios que guarda, pues el formulario si bien indica que se hizo libre de vicios, la suscripción pre impresa del mismo no es suficiente para dar por terminado el proceso de información. En ese orden, consideró que en el presente asunto correspondía a COLFONDOS S.A. probar que cumplió con su deber de información conforme la carga de la prueba trasladada, sin embargo, se allanó a las pretensiones de la demanda, considerando que la afiliación en los formatos pre impresos, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues estos acreditaran un consentimiento libre de vicios, pero no informado. Advirtió igualmente, que la excepción de prescripción no prosperaba en la medida que se trata de un asunto ligado al derecho pensional, que resulta ser imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandada **COLPENSIONES** apeló la decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, como quiera que el allanamiento de COLFONDOS S.A. resultaba improcedente, así las cosas lo procedente era debatir si se le había brindado información oportuna clara y suficiente al demandante para determinar si había camino a determinar la nulidad o ineficacia, consideró que en el presente proceso no se evidenció que el dicho del demandante fuera cierto, por tanto, lo procedente es la absolución de las entidades vinculadas al proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos en similares

términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de igual manera, la parte actora solicitó se confirme la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

[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 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

A folio 14 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 30 de octubre de 1952, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR S.A. el 10 de julio de 2019 (Fls. 23 a 27), 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 578.29 semanas de cotización aproximadas (fls. 15 a 24) equivalentes a casi 12 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, pretende la parte 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 30 de octubre de 1999 (Fl. 22), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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.

---

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 22), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como

quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (22 de octubre de 1999 fl. 22), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará en su totalidad la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

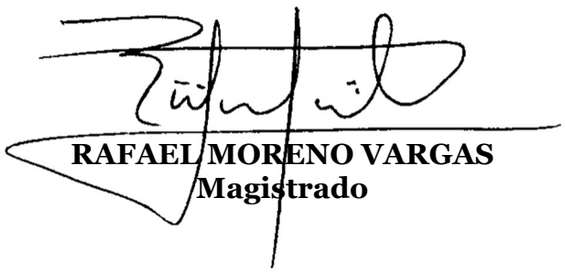
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

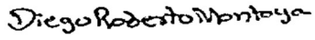
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NOHORA ROCIO JARAMILLO CORREDOR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-015-2019-00127-01.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar en el grado de jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio del 2020.

ANTECEDENTES

La señora **NOHORA ROCIO JARAMILLO CORREDOR** pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, por haberse configurado el error de hecho en los términos de los artículos 1509 a 1511 del Código Civil, como vicio del consentimiento, al no suministrarle información veraz y eficiente relacionada con el cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el correspondiente traslado del RPMPD al RAIS, ordenándose a COLFONDOS S.A. la devolución de todas las sumas de dinero que se encuentran en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses a COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del código civil. Se condene a al pago de costas y agencias en derecho, más lo que ultra y extra petita resulte del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, informó en síntesis, que nació el 04 de enero de 1965, se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, el 23 de febrero de 1981 cotizando 1.141

semanas. Informó que al momento de su traslado al RAIS, no se le brindó ninguna información sobre las consecuencias jurídicas del cambio de régimen pensional. Agregó que el asesor de la AFP COLFONDOS el día 01 de octubre de 2004 no le suministró información clara y precisa relacionada con el traslado de régimen, firmando el formulario de traslado el 01 de octubre de 2004, que no se le suministró manera detallada, clara y precisa los efectos jurídicos de cambiarse de régimen, como tampoco se le informó sobre las características del bono pensional y su exigibilidad hasta el cumplimiento de la edad de 60 años, o la forma de redimirlo, de la misma forma omitió informarle las características para la devolución de saldos, incluida la edad de 60 años y que el número de semanas no podía superar las 1150, de igual medida no le brindaron información frente la pensión de renta vitalicia inmediata, ni del retiro programado o los beneficios o detrimentos de su pensión de vejez en relación con la tasa de remplazo de los dos sistemas, incumpliendo así, su beber de educación y asesoría pensional al omitir informar, vigilar y dar el mejor consejo a su potencial afiliado (Fls. 04 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que consideró que el traslado de la parte actora a COLFONDOS es plenamente válido, argumentando que la demandante de manera libre y voluntaria se trasladó, dejando en evidencia su intención de permanecer en el RAIS, siendo prueba de ello el formulario de afiliación que da fe de la voluntad y consentimiento sin vicios del traslado. Agregó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 prohíbe el traslado de régimen cuando le faltaren diez o menor años para el cumplimiento de la edad para tener el derecho a la pensión de vejez, prohibición en la que se encuentra la actora, por lo que no es posible efectuar el traslado de régimen. Propuso como excepciones de merito, las de «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «inexistencia de la obligación» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls.76 a 80).

La **AFP COLFONDOS S.A.,** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, por considerar que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, asesorándola acerca de las características de dicho régimen como el funcionamiento del mismo, así como las diferencias del RAIS y el RPMPD con sus ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, recalcando, que fue la demandante quien suscribió el formulario de vinculación al fondo, no pudiendo pretender dejar sin efectos un acto válido que nació a la vida jurídica, cuando dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades, o retornar al

RPMPD, no lo hizo. Concluyó que la demandante al no cumplir con sus expectativas pensionales, no puede considerar el acto sin valor jurídico. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación de la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls.94 a 117).

No obstante, lo anterior, dicha entidad en el marco de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, manifestó allanarse a los hechos y pretensiones de la demanda, lo cual fue aceptado por el Juzgado de Conocimiento (fl. 159).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de julio del 2020, declaró ineficaz el traslado y la afiliación efectuada por la demandante el día 01 de octubre de 2004 del RPMPD al RAIS a través de COLFONDOS S.A., y como consecuencia de lo anterior, ordenó a COLFONDOS que traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, y a ésta, que proceda a reactivar la afiliación de la demandante, recibiendo dichos recursos como semanas efectivamente cotizadas al RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado al RAIS. Se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el deber de información que deben cumplir los fondos, está precedido de información clara comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorable y desfavorables que su decisión acarrea, brindando elementos de juicio suficientes que le permitan a los afiliados escoger la mejor opción del mercado, advirtiendo, frente a la carga de la prueba, que quien debe probar es quien está obligado, en este caso la AFP. En tal medida, la AFP estaba llamada a probar que su actuar estuvo revestido de diligencia, cuidado y buena fe propia de una entidad que presta un servicio público. En ese orden de ideas, concluyó que, en el presente asunto, COLFONDOS no logró demostrar que cumplió con el deber de información, por el contrario, se allanó a las pretensiones de la demanda, así las cosas, encontró procedente declarar la ineficacia del traslado al RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de

la Seguridad Social, se presentaron alegaciones así: COLPENSIONES en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de igual modo, la AFP PORVENIR S.A <sin ser sujeto procesal en este asunto> solicita la revocatoria de la sentencia, bajo el entendido que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C., sumado a que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, por el contrario, en el interrogatorio de parte el demandante aseveró haberlo firmado de manera libre y voluntaria; también manifestó que era preciso mencionar que el demandante nunca hizo ningún trámite para retornar al régimen de prima media.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva. Para tal efecto, se definirá inicialmente si había lugar a aceptar el allanamiento a las pretensiones por parte de COLFONDOS S.A.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esto es, si era dable o no admitir el allanamiento de COLFONDOS presentado en el trámite de la audiencia obligatoria de conciliación, que fue aceptado por el a quo, debe decirse, que tal figura jurídica, esto es, la declaración de voluntad unilateral del demandado por la que se acepta que la parte actora tiene derecho a lo que solicitó en la demanda, en otras palabras, muestra su conformidad con las pretensiones de quien le requiere o convoca judicialmente, siendo dable aclarar que hay que cuando hay allanamiento parcial, el proceso continúa respecto a lo no allanado. La mencionada figura procesal se encuentra regulada en el artículo 98 de la misma obra adjetiva general en los siguientes términos:

> «***ARTÍCULO 98. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA. En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado*** *podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho,* ***caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido.*** *Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.*
>
> *Cuando la parte demandada sea la Nación, un departamento o un municipio, el allanamiento deberá provenir del representante de la Nación, del gobernador o del alcalde respectivo.*

> *Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados,* ***el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron****»*.

A su vez, el artículo 99 dispone la ineficacia del allanamiento en los siguientes casos:

1. Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva.

2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.

3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por confesión.

4. Cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para allanarse.

5. Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros.

6. Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.

Como puede verse, aunque de manera expresa se efectué el allanamiento a la demanda este resulta ineficaz en esos precisos eventos ya descritos, y para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un litisconsorcio necesario donde el fallo que se produzca les atañe a todos por igual, por lo que resultaba necesario para que el allanamiento alcanzara eficacia, que hubiese sido efectuado por todos demandados. En efecto, recuérdese que el aquí demandante pretende la declaratoria de la nulidad de su traslado de régimen pensional efectuado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., cuya consecuencia, no es otra que continuar afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo cual conlleva a que necesariamente COLPENSIONES asuma la carga de admitirla como afiliada suya en el RPMPD que administra, que a su vez acarrea el tener que recibir los aportes efectuados en el RAIS y eventualmente tener a su cargo las prestaciones económicas a que tuviera derecho la afiliada demandante (riesgos de IVM - Indemnización).

En este escenario, resulta evidente que en tratándose de un litisconsorte necesario, como es el caso que nos ocupa, donde el asunto a resolver versa, en los términos del artículo 61 del CGP «*sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, [*debe*] resolverse de manera uniforme*», resultaba necesario que COLPENSIONES también se hubiere allanado a la pretensión relativa declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la vinculación del demandante a COLFONDOS y por ende de su vinculación al RAIS, así como a hacerle entrega a COLPENSIONES de todos los valores que se encuentren en su cuenta individual, pues como ya se dijo, tales ordenes la afectaban directamente, produciéndole *«efectos de cosa juzgada»* como lo preceptúa el numeral 5 del artículo 99 del CGP, configurándose pues, otra causal de ineficacia de dicho allanamiento.

En suma, no queda dudas entonces que el extremo procesal pasivo está conformado por una pluralidad de sujetos procesales que eventualmente concurren como eventuales destinatarios de los efectos de la sentencia que en su contra, individual o conjuntamente considerados, lo cual puede llegar a afectar sus intereses, no solo procesales sino financieros, más aun cuando se trata de entidades que administran el Sistema General de Pensiones respecto incluso de los cuales la Nación es garante, directa o indirectamente, y uno de estos sujetos «*privados*» previamente se allana a las pretensiones, es por lo que tal allanamiento obviamente incide en las resultas del proceso respecto de los demás que conforman la pasiva, como ocurre en el sub judice, y particularmente, sin atender que la entidad que se allana es de la cual se predica la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

Todo lo cual, no solamente va en desmedro de los intereses procesales de los demás sujetos que NO intervinieron en tal acto, sino que puede llegar al incumplimiento de expresos deberes legales, como parte o apoderados judiciales, según el artículo 78 del CGP, por lo tanto, como COLPENSIONES no participó de dicho acto jurídico al echarse de menos en el proceso el acta respectiva del Comité de Conciliación de dicha entidad, tal como lo ordenan el artículo 65B– de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1716 de 2009. Resultando claro que no debió aceptarse el allanamiento en los términos referidos por el juez a quo.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 47 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 04 de enero de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 04 de enero de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de julio de 2011 (Fls. 61), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 634,44 semanas de cotización aproximadas (fls. 48 a 54), equivalentes a un poco más de 12 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, pretende la parte 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 01 de octubre de 2004 (Fl. 64), específicamente, según se evidencia de la información expedida por la oficina de BONOS PENSIONALES del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[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 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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado

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

De otra parte, la AFP no demostró siquiera el acto de afiliación a través del formulario, el cual, en todo caso, vale precisar tampoco permitiría 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 COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (01 de octubre de 2004 fl. 64), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de

casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, pero de conformidad con las consideraciones y el alcance expuesto en precedencia.

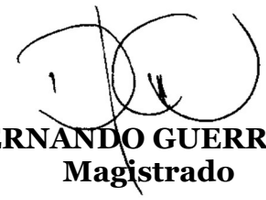
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

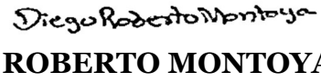
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de Octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA PATRICIA CUEVAS GARZÓN contra COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-028-2019-00053-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada judicial PORVENIR S.A y el apoderado judicial de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de julio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA PATRICIA CUEVAS GARZÓN**, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado el 31 de julio de 1996 del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.; como consecuencia de lo anterior, se ordene a las codemandadas a realizar las gestiones administrativas pertinentes para anular su traslado de régimen el 31 de julio de 1996; se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual y a esta última corregir y actualizar su historia laboral; se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 29 de abril de 1963, cumpliendo sus 57 años de edad el 29 de abril de 2020, afiliándose al ISS hoy COLPENSIONES el 10 de febrero de 1994, habiendo cotizado al RPMPD un total de 38 semanas, indicó que el 31 de julio de 1996 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. precedida de una ilustración insuficiente del fondo que la recibió, cotizando un total de

969 semanas al RAIS, aunado a ello, informó que por no haber trascurrido los 3 años de permanencia mínima exigida en el artículo 13, literal E de la Ley 100 de 1993 su traslado es nulo e ineficaz, no se le informó sobre el año de gracia concedido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, su imposibilidad de trasladarse cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, destacó que PORVENIR S.A. le informó que su mesada pensional en el RAIS sería de $781.242 al cumplir sus 57 años de edad, observando que para el año 2018 su mesada en COLPENSIONES sería de $1.239.770, finalmente añadió que solicitó la nulidad de régimen efectuado el 31 de julio de 1996, a PORVENIR S.A el 13 de diciembre de 2018, y a COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2018 (Fls.3 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, para ello sostuvo que la afiliación y traslado de la demandante estuvo procedida de una decisión libre, informada y sin presiones, plasmada bajo su firma como señal de su consentimiento y escogencia del RAIS, antecedida de una información suministrada acorde con las disposiciones legales, sin ser caprichosa obedeciendo las reglas y disposiciones que lo regulaban para la fecha de su traslado, confirmado su ratificación de pertenecer al RAIS durante todos estos años. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin justa causa» e «innominada o genérica» (Fls. 79 a 86).

Por su parte **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, manifestando que el origen de la acción no es el vicio del consentimiento, sino la inconformidad respecto a la mesada pensional que recibiría en cada régimen, aunado a ello, advirtió que del análisis del escrito de la demanda, la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demostró que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen, y que su elección se llevó acabo de manera libre, espontánea y sin presiones, así mismo, informó que la demandante no podrá retomar al RPMPD por ausencia de los requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, en cuanto a la pretensión de nulidad de traslado manifestó que la declaratoria de la misma actualmente estaría prescrita por cumplir el termino previsto en el artículo 1750 del Código Civil y el artículo 151 del CPTSS, cuyo plazo es de 3 años, finalmente detalló que la actora no es acreedora al régimen de transición, por no cumplir con los requisitos establecidos de edad y semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para retornar al RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las

de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 111 a 121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante el 31 de julio de 1996 a PORVENIR S.A., y en consecuencia declaró como afiliación valida la del RPMPD; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración o seguro de invalidez y sobrevivencia contenida en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES; condenó a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las codemandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, argumentó que del análisis de los medios probatorios no se logró acreditar que la AFP PORVENIR S.A. suministró una información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las ventajas, desventajas y posibles consecuencias de su traslado al fondo privado, situación que constituyó una omisión de su deber de información, así mismo observó que la demandante en su interrogatorio declaró no haber suscrito el formulario de traslado en el RAIS, y que el mismo se dio con ocasión a las actuaciones realizadas por quien fungiera como su empleador, igualmente acusó que no se allegó prueba alguna que demuestre que el asesor de la época hubiese hecho una proyección futura o cuadro comparativo de la pensión de la actora en un régimen o en otro, no obstante consideró que aunque dentro del plenario milita el formulario de afiliación de la demandante en la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el mismo no es un medio probatorio idóneo en el que conste que se haya proporcionado la información suficiente a la actora. Por lo anterior, encontró procedente declarar la nulidad de la afiliación de la demandante en el RAIS el 31 de julio de 1996.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque integralmente la sentencia de primera instancia, para ello argumentó que se le brindó una información completa a la demandante, que no se logró comprobar un vicio del consentimiento, y si el mismo existió este fue saneado por su ratificación, bajo el entendido de los artículos 1742 y 1743 del código civil, así mismo señaló que el formulario de afiliación se debe observar

como el resultado del cumplimiento de la norma para el año en que se efectuó el traslado de régimen a la actora, lugar donde se consignó dicho deber de información. En cuanto a las proyecciones y comparaciones informó que no es viable poner cargas distintas a las establecidas al momento de la afiliación, además de resultar imposible realizar una proyección pensional dado el futuro pensional incierto de la demandante, por faltarle más de 20 años para alcanzar la edad para su pensión y más del 60% de sus cotizaciones, finamente resaltó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 para trasladarse, que la misma, tenía su cargo el deber de informarse, en cuanto a las condena por la devolución de los gastos de administración, indicó que además no ser procedentes, por no financiar la pensión, se encuentran prescritos.

Por su parte, el apoderado judicial de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque de manera total, para ello argumentó que en el presente caso se declaró la figura de la ineficacia y no de la nulidad, indicando que la demandante no realizó actuaciones que sugieran su no intensión o inconformidad de pertenecer en la AFP, o que sus alegadas falencias hayan sido objeto de reproche, sin que se pueda concluir con el paso del tiempo que haya sido un engaño permanente, señalando lo dispuesto en el Decreto 2241 de 2010 y el artículo 898 del código de comercio, y la sentencia SL 1413 de 2018, finalmente manifestó que sí se realiza el análisis en los términos de la nulidad, la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 y 1754.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones en similares términos a los expuestos en la alzada; la parte actora por su parte, solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 27 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora es el 29 de abril de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 29 de abril de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2018 (fls. 56 a 70), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 7.29 semanas de cotización (fls. 28 a 31), equivalentes a un (1) mes y veinte (20) 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.

[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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

No obstante, lo anterior, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 31 de julio de 1996 (Fl. 88), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fol. 88), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. esto no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 31 de julio de 1996 (Fol. 88), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las

sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento.

Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por el juez a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

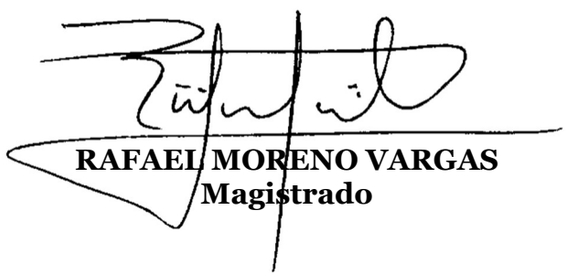
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ALVARO SANTOS BELTRAN PEÑA contra COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES. Rad. 110013105-008-2019-00392-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de julio de 2020. De igual modo, se revisará la decisión, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ALVARO SANTOS BELTRAN PEÑA**, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la omisión de la sociedad administradora de pensiones AFP COLFONDOS S.A., se ordene el traslado y afiliación a COLPENSONES, como si nunca se hubiera ido del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD, se ordene a la AFP OLD MUTUAL, fondo de afiliación actual, la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir estos Fondos la disminución en el capital de financiación de la pensión. Así mismo, condenar a OLD MUTUAL en caso de haberse otorgado la pensión al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagándole la misma, hasta tanto sea trasladado a COLPENSIONES y sea incluido en nómina por esta última. Finalmente, se condene en costas a las demandadas, así como a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haberse afiliado al ISS el 16 de enero de 1978. Sostuvo que se trasladó al RAIS, a la AFP COLFONDOS S.A., el 20 de noviembre de 1995; sin embargo, sostuvo que esta administradora sólo le suministró en ese momento el formulario pre-impreso, sin brindarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, ni tampoco acerca de la comparación entre ambos regímenes ni las desventajas de abandonar la administradora pensional para la cual se encontraba cotizando. Además, esta AFP brindó información parcializada, ya que le suministró información respecto a las ventajas, pero no, de las condiciones para alcanzar las mismas. No le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el régimen que traía (prima media) de quedarse allí, como en el régimen de ahorro individual del Fondo Privado de Pensiones (RAIS) de trasladarse; tampoco le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por parte de la Administradora para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar. No le entregó información indicándole hasta qué edad debía cotizar en el Fondo Privado de Pensiones y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS (hoy Colpensiones) o en el fondo o caja en que estaba, de no trasladarse al Fondo Privado y de conservar el mismo salario base de cotización o su promedio; no le entregó información indicándole cuanto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo en el Fondo Privado de Pensiones; no le entregó información indicándole que si quería pensionarse en el Fondo Privado de Pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión; no le entregó información indicándole que de tener cónyuge o y compañero(a), o un hijo discapacitado, o menor de edad, estando en el Fondo Privado de Pensiones, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios. No le entregó información indicándole que tenía derecho al retractarse de la afiliación al Fondo Privado de Pensiones; no le entregó información suficiente y verás para tomar la decisión de trasladarse de su régimen pensional al RAIS. Que la AFP COLFONDOS S.A., al momento de la afiliación y traslado de régimen, no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tornándose dicho traslado en nulo o ineficaz. De otro lado, sostuvo haberle solicita a COLFONDOS S.A., copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión del traslado de régimen, sin que ello hubiere ocurrido, pues no le entregó los documentos o pruebas solicitadas. Que se trasladó a la AFP OLD MUTUAL S.A., entidad a la cual solicitó el reporte del estado de cuenta. De

igual manera, informó haber solicitado a las demandas, COLFONDOS, OLD MUTUAL y COLPENSIONES anular la afiliación y su retorno a esta última, obteniendo respuestas negativas. Finalmente indicó que, mediante estudio comparativo, entre el RPM y el RAIS, el monto de la pensión arrojó una diferencia de $4.379.719, siendo en el RPM superior (fls. 1 a 38).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que no concurren los presupuestos para que se pueda declarar la ineficacia de la afiliación, pues esta fue adoptada de manera libre y voluntaria, consciente, debidamente informada y sin presiones. Adicionalmente, el demandante ha estado afiliado a diferentes administradores de pensiones privadas, por lo que tiene pleno conocimiento de la operación de las mismas. Agregó que la entidad tiene un personal capacitado para brindar todas las herramientas e información necesaria, por esto, siempre cumplió con el deber de información, además el actor es una persona mentalmente estructurada, lo que le permite tomar decisiones acorde a sus intereses y beneficios; de otro lado, el actor no hizo uso de su derecho de retracto, por ello, no puede pretender que se declare la ineficacia de su afiliación después de varios años; tampoco el demandante es beneficiario del régimen de transición en razón a su edad. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (Fls. 257 a la 273 y 340 a 362).

La **AFP OLD MUTUAL**, hoy **SKANDIA S.A.,** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando que ambos regímenes pensionales presentan ventajas y desventajas, por lo cual es deber del usuario investigar, discernir el régimen que se ajusta a su expectativa pensional, además conforme a las pruebas aportadas al proceso, se puede evidenciar que el traslado de régimen del señor ALVARO SANTOS BELTRAN PEÑA fue por una decisión libre y voluntaria y por esto aceptó todas y cada una de las condiciones propias del régimen privado. Además, el formulario de afiliación, cumple con todos los requisitos legales exigidos. Por otro lado, si bien es deber de las AFP brindar información de forma eficiente, eficaz y oportuna, también implica que quien decida trasladarse de régimen debe conocer los beneficios y desventajas que proveen ambos regímenes. Por último, no es procedente declarar el traslado de régimen del actor, en razón a que está a menos de 10 años para cumplir la edad pensional, ni tampoco es beneficiario del Régimen de transición por razón del

tiempo. Como excepciones de mérito, propuso las de «Prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «buena fe», «los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor» y «genérica (Fls. 297 a 306).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que no es procedente declarar el traslado del señor ALVARO SANTOS BELTRAN PEÑA ya que a la fecha cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, adicionalmente, el actor tampoco es beneficiario del Régimen de Transición. Por último, no se tipifica algún vicio del consentimiento, en razón a que el afiliado tiene la facultad de elegir libremente el régimen para el cual desea cotizar, adicionalmente, la información suministrada fue veraz y completa. De otro lado, indicó que para el traslado de régimen y de aportes, es menester que la AFP emita el respectivo bono pensional donde se incluya el saldo de la cuenta individual y los rendimientos. Como excepciones de fondo, presentó las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe», e «innominada o genérica» (Fls. 327 a 335 y 363).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 08 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 20 de noviembre de 1995 en la AFP COLFONDOS S.A. En consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional. Condenó a OLD MUTUAL SKANDIA S.A. como la actual AFP a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, sumas adicionales con los respectivos intereses, con los rendimientos que se hubieren causado. Condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva OLD MUTUAL, que reposaban en la cuenta de Ahorro Individual del demandante y a actualizar su historia pensional. Se abstuvo de condenar en Costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó con relación al deber de información, que la normativa anterior a la afiliación, ya contenía preceptos indicativos del deber de información necesaria para lograr la transparencia necesaria al momento de seleccionar el fondo de pensiones, de tal forma que los usuarios pudieses tener las mejores ofertas del mercado y al estar las administradoras bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, debían cumplir con dicho deber. Por lo cual, sostuvo, la

falta de información se pude constituir como un atentado contra los derechos del trabajador. Agregó que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información para cada caso específico, con las respectivas diferencias, ventajas y desventajas de uno y otro régimen y la incidencia que puedan tener en la vida pensional; señalando que el deber de la buena información, se debe dar a todos los afiliados, sin distinción derivada de la afiliación ya que no se puede dar una información parcializada, sin tener en cuenta si son o no beneficiarios del régimen transicional. En ese orden, concluyó que en el presente caso, no se logró acreditar que al demandante se le haya dado una asesoría suficiente, mucho menos, por el hecho que el demandante tenga algunos conocimientos del RAIS, pues estos los obtuvo con motivo del traslado de un régimen a otro, por ello, no se acreditó algún conocimiento del actor ni información respecto de las características ni las desventajas que tendría para obtener su pensión. Indicando, de igual modo, que el formulario de afiliación no puede tenerse como prueba documental del consentimiento de afiliación, en tanto que este documento no representa prueba del consentimiento informado. Por estas razones, encontró viable declarar la ineficacia del traslado de régimen. Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que el traslado de régimen no está sujeto a un término de prescripción, toda vez que está ligado al derecho pensional, el cual se torna imprescriptible.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, considerando que para el momento de traslado del demandante, el único requisito exigido para la validez, era solamente la suscripción del formulario de vinculación, por esto no es posible exigirles a las administradoras otro tipo de prueba en razón a que es la única con la que estas entidades cuentan; tampoco se cuenta con un tercero que certifique el tipo de información que se le brindó al demandante. De otro lado, señaló el demandante adquirió cierta información principal del régimen individual, como se demostró en su interrogatorio, como lo es la base de liquidación y de la rentabilidad de este régimen. Agregando finalmente, que no es procedente imponer una carga a las administradoras de dar una explicación detallada de la Ley para acceder a la pensión en los diferentes regímenes pensionales, ya que las leyes son públicas y de conocimiento para todos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y OLDMUTUAL, hoy SKANDIA,

presentaron alegaciones. Colpensiones en similares términos a los de apelación, indicando que es improcedente el traslado de régimen otorgado. OLD MUTUAL, hoy SKANDIA, por su parte, orientó sus alegatos en el sentido de indicar que no es procedente la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

[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

A folio 81 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 16 de febrero de 1959, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de febrero de 2019 (fls. 73 a 75), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 502 semanas de cotización (fls. 50-51), equivalentes a 10 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, pretende la parte 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 20 de noviembre de 1995 (Fls. 58 y 279), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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.

---

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 58-279), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera

que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (20 de noviembre de 1995, fl. 279), el deber de información para con el 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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. En la misma línea, debe decirse, que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de

casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

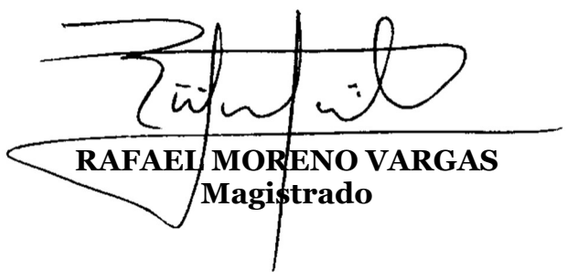
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de Octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS FERNANDO RAMIREZ CONTRERAS contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 10013105-032-2018-00023-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y el apoderado judicial del litis consorte Ministerio de Hacienda y Crédito Publico contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de agosto de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LUIS FERNANDO RAMIREZ CONTRERAS** pretende se declare la nulidad de su traslado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectuada el 25 de enero de 1995, se declare valida y vigente su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES; se declare que no perdió su régimen de transición en razón a la nulidad de su afiliación a Horizonte. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados al RAIS, se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia entre los aportes realizados al RAIS y los que deben de acreditarse en el RPMPD, y a COLPENSIONES aceptar su traslado y reconocer sus prestaciones con base en el régimen de transición, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 18 de noviembre de 1951, que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años y 339

semanas cotizadas al RPMPD, que el 26 de enero de 1995 se trasladó al RAIS en la AFP HORIZONTE, sin que se le informara de forma fehaciente, suficiente y clara el efecto negativo que iba a tener dicha afiliación, omitiéndosele realizar una proyección de su mesada pensional, que el 26 de enero de 2004, antes de que se venciera el año establecido en el ordinal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, fue citado por la AFP HORIZONTE con el fin de examinar su situación pensional, en el estudio se concluyó que en Horizonte a los 60 años tendría una pensión de $1.488.038, sí se trasladaba al ISS no tendría pensión; que a los 65 años en el fondo obtendría una pensión de $3.535.466 mientras que en el ISS obtendría una pensión de $2.159.793, por lo expuesto, decidió no hacer uso del derecho de retracto y no se trasladó al RPMPD, finalmente señaló que el 3 de junio de 2009 solicitó ante el ISS hoy COLPENSIONES su traslado de régimen, con respuesta negativa del 29 de abril de 2009 (Fls. 2 a 12, 73 a 75).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones solicitando se absuelva de las mismas, para ello argumentó que el traslado realizado por él demandante se efectuó de manera libre, espontánea y voluntaria, siendo válido, sin que se haya demostrado engaño por parte del fondo, máxime cuando en los hechos de la demanda se mencionó que con anterioridad a cumplir los 10 años de edad pensional se le efectuó una proyección pensional en ambos regímenes, eligiendo su permanecía en el RAIS, así mismo, informó que al demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales y, en consecuencia no es posible efectuar su traslado o retorno al RPMPD de conformidad con lo señalado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS»; «buena fe de COLPENSIONES»; «cobro de lo no debido»; «falta de causa para pedir»; «inexistencia del derecho reclamado»; «compensación»; «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 80 a 89).

Por su parte, la demandada **PORVENIR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para ello sostuvo que el traslado del demandante el 30 de enero de 1995 es un acto valido, suscrito de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión tal como lo hizo constar con su firma en señal de la manifestación de su voluntad; aunado a ello, señaló que el demandante es un profesional en derecho, de profesión abogado, pensionado desde el 2017 en el RAIS por la AFP PORVENIR S.A. advirtiendo que al actor el 26 de enero de 2004 se le realizaron las proyecciones y escenarios pensionales tanto en uno como en otro

régimen, precisando que la pensión que actualmente disfruta es incluso mayor que la que se le proyectó, por tanto estuvo plenamente ajustada a derecho. Señaló así, que el actor ratificó su pertenencia al RAIS desde hace más de 22 años, razones por las cuales afirmó no puede alegar ahora su nulidad de traslado, apuntó que no existe prueba que demuestre que el asesor de PORVENIR S.A. actuó de manera dolosa o forzó al demandante a suscribir el formulario de afiliación, exponiendo que la ignorancia en la ley no sirve de excusa y que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Solicitó en ese orden de ideas, que se le autorice consignar los valores de la mesada pensional del demandante en depósito judicial, mientras se profiere sentencia. Propuso como excepción previa «falta de integración del litis consorcio necesario»; y como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a PORVENIR S.A.»; «prescripción»; «falta de causa para pedir»; «buena fe»; «innominada o genérica» y «compensación» (Fls. 114 a 134).

Así mismo, PORVENIR S.A. interpuso demanda de reconvención, para ello manifestó que, en el caso de accederse a las pretensiones principales de la demanda, se condene al demandante a reintegrarle las sumas de dinero que se le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales desde el mes de noviembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas (Fls. 171 a 173). Demanda que fue admitida mediante auto del 24 de julio de 2018 (fl.175); sin que la parte convenida haya dado contestación a la misma, por lo que según auto del 9 de agosto de 2018 se dio por no contestada (fl. 175).

A través de auto del 11 de febrero de 201, se dispuso integrar al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** y al **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, en calidad de litis consortes necesarios (fl. 180).

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÈDITO PÙBLICO – Oficina de Bonos Pensionales-** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, para ello aclaró que desconoce las circunstancias en las que se produjo el traslado del demandante del RPMPD al RAIS y por tanto la asesoría brindada al demandante con el fin de convencerlo de realizar su traslado. Informó que por disposición legal del Decreto 4712 de 2008 únicamente responde por la liquidación, emisión, expedición, rendición, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos a cargo de la Nación, por lo que no está facultado para pronunciarse respecto de una eventual nulidad, aunado a ello narró que PORVENIR S.A. el 27 de febrero de 2017 solicitó la emisión y pago del bono pensional a favor del demandante, petición que fue atendida mediante Resolución No. 16557 de 21 de abril de 2017, que el 8 de junio de 2017, una vez emitido y pagado el bono pensional, el actor decidió solicitar ante PORVENIR el reconocimiento y pago de

su pensión de vejez siendo efectiva en octubre de 2017. Por lo anterior, subrayó no resulta válido que después de 19 meses del reconocimiento de la pensión al actor solicite la nulidad de su traslado. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público»; «Improcedencia del Traslado del demandante a COLPENSIONES»; «obligación legal de reintegrar los valores reconocidos por concepto de bono pensional Tipo A, ante la nulidad o ineficacia de la afiliación del demandante»; «buena fe» y «genérica» (Fls. 184 a 193).

Por su parte el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** contestó la acción con oposición a sus pretensiones, tras considerar que las mismas no están encaminadas a declarar responsabilidad alguna parte de esta entidad, para ello manifestó que no actuó como empleadora del demandante, que el mismo tuvo una vinculación con la Lotería de Cundinamarca en el cargo de Director Oficina, código 01, grado 02, el 19 de enero de 1988 y el 15 de noviembre de 1989, informó que la entidad de previsión social es la responsable de los aportes del demandante en la Caja de Previsión Social de Cundinamarca - CAPRECUNDI hoy Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, y que de acuerdo con la información suministrada por el Ministerio de Hacienda – OBP se emitió un cupón de bono pensional tipo A, por el valor de $7.114.164 a la fecha del corte a efectos de conceder la pensión al demandante, anotó que actuó como contribuyente del bono pensional emitido y rendido a favor del demandante y en caso de prosperar las pretensiones se deberá de realizar la devolución del bono por parte de PORVENIR S.A. o del actor, respecto del valor pagado como cupón de Bono Pensional, debidamente indexado. Redondeó indicando que el demandante al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años, no obstante, dada la densidad de semanas cotizadas (339) no contaba con una expectativa legitima en el RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de las obligaciones peticionadas»; «prescripción»; «consolidación de situación jurídica - pensionado» (Fls. 208 a 216, 234 a 236).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de agosto de 2020, declaró probadas las excepciones de: compensación formulada por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad y buena fe, propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito público, e inexistencia de las obligaciones peticionada por el Departamento de Cundinamarca. Declaró la nulidad de afiliación del demandante al RAIS el 30 de enero de 1995 a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A trasladar la totalidad de los aportes pensionales del actor junto con sus rendimientos y costas de administración a COLPENSIONES, entidad obligada a

recibirlos e incluir las semanas cotizadas dentro de la historia laboral correspondiente. Autorizó a PORVENIR S.A. a descontar el valor de las mesadas pensionales canceladas al demandante como resultado de su reconocimiento pensional, a su vez, autorizó a COLPENSIONES a tener por cancelado dicho valor, una vez le reconozca la pensión de vejez al demandante como beneficiario del régimen de transición y el retroactivo pensional a que haya lugar.

Mediante adición y aclaración de la sentencia, ordenó a PORVENIR S.A. descontar de la suma que obre en la cuenta de ahorro individual del actor el valor de su bono pensional redimido, y devolverlo al Ministerio de Hacienda y al Departamento de Cundinamarca debidamente indexado desde la fecha en que fue redimido hasta la fecha de su devolución, conforme a los tramites a que haya lugar; absolvió a PORVENIR S.A. de las demás pretensiones en su contra; condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR. declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez por parte de COLPENSIONES como afiliado al RPMPD y beneficiario en el régimen de transición, pensión que se reconocerá a partir del día siguiente al de la última cotización del demandante al SSSP, en aplicación a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, cancelándose el retroactivo causado desde la fecha del disfrute de su pensión hasta el momento en que sea incluido en nómina de pensionados, retroactivo del cual se compensara los valores que haya pagado PORVENIR S.A. por concepto de pensión de vejez conforme lo indicado en el numeral 4 de la sentencia y finalmente autorizó a COLPENSIONES se descuente los valores a que haya lugar por concepto de aportes a Seguridad Social en Salud.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, manifestó que de la documental aportada por la parte de la demandada, no se colegía que el demandante al momento de su afiliación al RAIS se le hubiese brindado una debida asesoría. Así mismo señaló que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, el actor era beneficiario del régimen de transición y que al trasladarse de régimen conllevaba a perder este beneficio del cual no fue advertido. En ese orden, tras considerar que no evidenció en el plenario prueba alguna que demuestre que se le haya informado al actor las desventajas y beneficios entre uno y otro régimen pensional y que la información suministrada fuera la adecuada y que no estuviese disfrazada o viciada de engaño exaltando lo bueno y evitando lo perjudicial del traslado, halló viable la nulidad solicitada.

Respecto a la pensión de vejez, aclaró que efectivamente el demandante solicitó su pensión de vejez en el RAIS en el año 2017, pero que ello no era óbice para acceder a las pretensiones, indicando que lo pretendido es la nulidad del traslado de régimen del demandante más allá de que el mismo ostente un derecho pensional. Por lo expuesto declaró como única afiliación la del RPMPD en COLPENSIONES, y como el actor era

beneficiario del régimen de transición, por contar con 42 años de edad al 1° de abril de 1994 y para el 25 de julio de 2005 había cotizado en el Sistema General de Pensiones más de 750 semanas, habiéndose extendido hasta el 31 de diciembre de 2014, cumpliendo sus 60 años de edad el 18 de noviembre de 2011, con más de 1000 semanas cotizadas para el año 2010, concluyendo que su disfrute era hasta el día siguiente de su desafiliación en el año 2017. En cuanto a la indemnización de perjuicios, consideró que conceder esta pretensión equivaldría a un doble pago y enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante, por lo que no se accedió a la misma.

En lo que concierne a la demanda de reconvención, recordó que la misma no fue contestada por él demandante, razón por la cual, la tuvo como un indicio en su contra, explicó que él actor ha percibido durante meses unas mesadas pensionales y al retornar las cosas a su estado original no tendría derecho a las mismas, por lo que consideró pertinente reintegrar las sumas recibidas por concepto de mesadas pensionales a PORVENIR S.A. En cuanto al bono pensional, apuntó que lo ideal es devolver los valores que PORVENIR S.A. recibió por su concepto al emisor y al contribuyente, por lo que en la actualidad y al retornar el demandante al RPMPD dicho bono pensional no tendría razón de existir y lo procedente es regresar los valores recibidos por dicho concepto, por lo expuesto autorizó a PORVENIR S.A. a descontar de los dineros que deberá de remitir a COLPENSIONES el valor de las mesadas pensionales que se hubiesen solventado al demandante y el bono pensional, a su vez autorizó a COLPENSIONES a tener como pago dicho valor, una vez se reconozca la pensión de vejez al demandante como beneficiario del régimen de transición y el retroactivo pensional a que tenga derecho. Frente a la excepción de prescripción la declaró no probada conforme a lo establecido en la sentencia CSJ SL1421 de 2019.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, tras considerar que no había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante, pues se debe dar pleno valor probatorio al formulario de vinculación suscrito por el demandante, en la medida que cumple con todos los requisitos legales para esa data y que la normatividad vigente autorizaba que la constancia de la asesoría quedara plasmada en el formulario en una leyenda preimpresa, como en efecto sucedió. Recordó que para esa época no existía la obligación de entrega de proyecciones pensionales, surgiendo esta obligación a partir del 2014. Advirtió que las consecuencias del traslado de régimen están consagradas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que de conformidad con el artículo 1516 del C.C. el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Manifestó, que existió una re asesoría en el año 2004, que efectivamente fue aceptada por el demandante y

que la información allí contenida en la proyección pensional es ajustada a la realidad y que se realizó con base en el IBC que existía para ese momento, desconociéndose el comportamiento salarial del demandante en adelante. Arguyó que al ostentarse la calidad de pensionado del actor no le es aplicable el precedente de ineficacia de su traslado, finalmente concluyó que en el hipotético evento que se considere que se efectuó una indebida asesoría, la misma fue saneada por el demandante por la ratificación de manera tacita en los siguientes actos: aceptación de la historia laboral, aceptación para emitir bono pensional, radicación de reclamación de vejez ante PORVENIR y la aceptación de mesadas pensionales desde el mes de octubre de 2017, así mismo consideró que no había lugar a la devolución de gastos de administración y solicitó se conserven incólumes los numerales 1º, 4º, 5º y 6º del fallo de primera instancia.

La apoderada de **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** inconforme con la decisión, la apeló solicitando su revocatoria y la absolución de la misma, para ello se ratificó en lo dispuesto en la contestación de la demanda, así mismo argumentó que no se tuvo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y PORVENIR S.A. cuyos efectos son inter partes, razón por la cual, la decisión adoptada por el A quo no puede favorecerla ni perjudicarla, por no tener injerencia en la decisión tomada. Solicita de ese modo, no se le condene a recibir al actor como afiliado del RPMPD, agregando, que el traslado del actor tiene plena validez y que la nulidad alegada debe de probarse en el desarrollo del proceso, sumado a que el demandante se encuentra pensionado desde el año 2017 y que en el año 2014 recibió una nueva asesoría por parte de PORVENIR S.A. por lo que consideró tenía plena claridad de su traslado y conocía los perjuicios del mismo.

El apoderado judicial del **Ministerio de Hacienda y Crédito Publico** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, señalando que no comparte la nulidad de traslado del demandante por ostentar la calidad de pensionado y la misma solo aplicar a los afiliados, así mismo aseveró que dicha decisión le trae a la entidad dificultades administrativas y económicas, afectando la estabilidad financiera de su sistema, no siendo lo mismo la financiación de las pensiones en el RPMPD que en el RAIS. Anotó los actos de ratificación de la parte demandante en el RAIS entre ellos: realizar la solicitud ante la administradora, la solicitud y pago de su bono pensional, autorización de su historial laboral y las autorizaciones correspondientes para que la administradora adelantara todos sus trámites, por lo expuesto, solicitó se revoque la sentencia en primera instancia y en caso confirmarse la decisión se mantenga en firme su numeral 5º.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y el litis consorte necesario DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA presentaron alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primer grado. Por su parte, el litis consorte necesario Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la parte demandante guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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,

[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 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".

dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. aportando medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al afiliado, respecto a las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Todo lo anterior, con independencia de que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición o 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 debe suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

Sin perjuicio del anterior escenario y del marco de referencia decisional descrito, ya descendiendo al caso de autos, se evidencia que el hoy demandante en efecto cotizó al RPMPD ante el ISS entre el 16 de marzo de 1970 y el 15 de abril de 1986 (fl. 140); y estuvo vinculado con la Lotería de Cundinamarca cotizando a la Caja CAPRECUNDI entre el 19 de enero de 1988 y el 15 de noviembre de 1989 (fl. 238). Por otra parte, el 30 de enero de 1995, suscribió formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. (fls.138); el 24 de febrero de 2017 el actor suscribió el formulario para el trámite de emisión y/o expedición del bono pensional (fl. 147 a 149); el 20 de octubre radicó ante PORVENIR S.A. reclamación de la prestación por vejez, suscribiendo, asimismo, contrato de retiro programado para el pago de mesadas adicionales (fls. 150 a 158). En ese orden, el 29 de junio de 2018 se expidió por la AFP PORVENIR S.A. certificado donde informa que reconoció *pensión por vejez normal* a partir del 29 de noviembre de 2017 a favor del accionante, retiro programado desde dicho mes (fl. 164), lo cual se corrobora según comunicación obrante a folio 165, mediante la cual se le informa que el valor de la mesada a partir del mes de febrero de 2018 será de $4.573.892. Aspectos que por demás no fueron controvertidos por el accionante. Respecto a dicho reconocimiento pensional por vejez y desde esa fecha, se advierte que el actor dejó de ostentar la calidad de afiliado, pues se consolidó a su favor el derecho pensional.

Frente a la condición de pensionado del demandante, está Sala de decisión ha sido reiterativa en el sentido de indicar que la ineficacia del traslado, opera para quienes ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador

dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social.

Al respecto, es menester acotar que la Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que «*La precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja")»*.

Ahora bien, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por la AFP PORVENIR S.A. dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el RAIS; precisándose que las calidades de *afiliado y pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una criterio a considerar en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Verbigracia, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado *«no haya adquirido la calidad de pensionado»*, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que «*Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado»*. (Resaltado propio).

En ese orden de ideas, estima la Sala de Decisión en este evento, que el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en el RAIS, hizo perder al demandante la calidad de afiliado, aunado a que dicho reconocimiento data del mes de noviembre de 2017, con anterioridad a la presentación de la demanda, tiempo durante el cual se ha beneficiado de la prestación económica, por lo que no se puede estimar que su derecho pensional se haya visto restringido o conculcado, como presupuesto para acceder a las pretensiones formuladas.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la SL CSJ en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional contienen supuestos fácticos diferentes al del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314 del 9

de septiembre de 2008 trató el caso de un pensionado quien se trasladó del RPM al RAIS cuando había cumplido 62 años de edad, y se encontraba, por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica disímil del presente evento, en el cual, el accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 17 de años de edad para poder acceder a la prestación de vejez.

En el presente evento, en el accionante para la fecha de su traslado del RPM al RAIS no tenía prohibición legal alguna para verificarlo, al faltarle más de 17 años para llegar a la edad mínima para acceder al reconocimiento pensional en el RPM, pese a lo cual, una vez en RAIS el actor aceptó libre y voluntariamente la pensión ofrecida por PORVENIR S.A. en la modalidad de retiro programado, de la que viene disfrutando incluso desde antes de presentar la demanda que ocupa la atención de la Sala.

Desde otra perspectiva, la SL CSJ en sentencia con radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, también analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el RAIS, señalando que *«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»*, supuesto fáctico que también es disímil al del presente evento, pues se reitera, el accionante en este juicio no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el RPM para la fecha del traslado en 1995, al faltarle para el efecto 17 años de edad.

En ese orden de ideas, como esta acción judicial no es formulada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado al RAIS sin que medie en su caso en particular una prohibición legal para retornar al RPM, como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados y el haber diligenciado y aceptado la pensión por el RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. e incluso contando con su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado con Porvenir S.A., impiden acceder a la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional cuando era afiliado del sistema de seguridad social en pensiones, al no detentar el estatus jurídico de afiliado del sistema pensional, pues esa calidad la perdió cuando adquirió el de pensionado, con lo cual se presenta una clara e inequívoca inexistencia del derecho reclamado.

En ese sentido, se revocará íntegramente la decisión de primer grado, para en lugar, absolver al extremo accionado de las pretensiones incoadas por el actor. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver al extremo accionado de las pretensiones incoadas por el actor, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

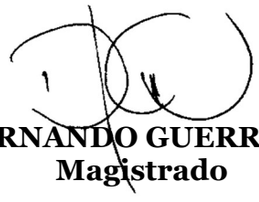
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROSA LILIA RINCON PINTO contra COLPENSIONES, AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-028-2018-00175-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2020. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ROSA LILIA RINCON PINTO**, pretende se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, efectuada el 13 de octubre de 1994 ante la AFP PORVENIR S.A. y en consecuencia, se condene a dicha entidad trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, por cuanto la afiliación del régimen de prima media -RPMPD, queda nuevamente vigente. Que se condene a PORVENIR S.A, a enviar a COLPENSIONES, el detalle del traslado de aportes, y a esta, a activar su afiliación en el RPMPD, aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de ROSA LILIA RINCÓN PINTO. Finalmente, se condene a lo ultra y extra petita, las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 16 de abril de 1960, afiliándose al ISS el 8 de abril de 1988, precisando que al momento de la presentación de la demanda tiene 57 años de edad. Sostuvo que se trasladó al RAIS, a la AFP COLFONDOS, en el mes de diciembre de 1994; sin embargo, sostuvo que esta

administradora NO le suministró en ese momento la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen pensional, sólo le brindó información sobre las ventajas de su traslado al régimen de ahorro Individual con solidaridad, pero en ningún momento le informó sobre las desventajas del mismo. Señaló que actualmente se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR S.A. Que el 16 de febrero de 2018, mediante derechos de petición a las AFP COLFONDOS Y PORVENIR solicitó copias de su historia laboral, copias de afiliación y la información brindada a la afiliada, así como una proyección del monto de la mesada pensional cuyas respuestas fueron allegadas a la demandante; en la misma fecha, elevó reclamación administrativa a COLPENSIONES en el mismo sentido, sin obtener una respuesta de fondo (fls. 2 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que la afiliación inicial o traslado de régimen pensional se dio mediante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. En cuanto a la pretensión de ineficacia, señaló que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, estipulan como elementos que hicieren ineficaz una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación, no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la señora ROSA LILIA RINCON PINTO, quien de su puño y letra, suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., así como se expresa en el formulario de vinculación. En segundo lugar, que la afiliación se hubiera efectuado bajo presión o coacción, vulnerando la libre voluntad de afiliación, situación que tampoco se presentó en el caso que nos ocupa, pues como se desprende de la solicitud de vinculación suscrita por la actora, dicha afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna, en donde quedo claramente plasmado su consentimiento en señal de aceptación. Adicionalmente, la actora ratificó su decisión de continuar en el RAIS, no haciendo uso de su posibilidad de trasladarse al régimen de prima media en forma oportuna. Como excepciones de fondo, propuso las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual

con solidaridad», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (fls. 95 a la 111).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la señora ROSA LILIA RINCON PINTO se afilió válidamente a la AFP COLFONDOS, sin que se hayan probado alguna de las causales de nulidad, tales como el error, fuerza o dolo en la afiliación, por lo cual, no procede el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, el contrario, afirmó que la parte actora confesó en el hecho cuarto haberse afiliado a la AFP COLFONDOS S.A., por lo tanto y en aras de obtener una mejor mesada pensional en el tiempo legal para realizar el traslado de régimen. Agregó, que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, como lo pretende la demandante, pues, es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, agregando, el desconocimiento de ley no es excusa. Posteriormente, al suscribir de manera voluntaria, consciente y libre el formulario de afiliación a las AFP PORVENIR y COLFONDOS, confirma que tenía conocimiento de dicho régimen pensional. Como excepciones de fondo, presentó las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «presunción de legalidad de los actos administrativos» e «innominada o genérica» (Fls. 120 a la 124).

De igual manera, la **AFP PORVENIR S.A**. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, indicando principalmente que, aunque la solicitud de nulidad no está dirigida en su contra, era prudente señalar que la señora ROSA LILIA RINCÓN PINTO inicialmente se trasladó del ISS, del RPMPD al RAIS, y para el año 1994, se afilió con COLFONDOS S.A., cambiando de AFP posteriormente, para el año 2000, época en la que se vincula con la entonces AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S. A., en donde actualmente se encuentra afiliada, por lo que a todas luces, se evidencia que de manera voluntaria renunció a las características del RPMPD, no obstante, la demandante actualmente se encuentra incursa en la prohibición de traslado, por encontrarse a menos de 10 años de adquirir la pensión, lo cual hace jurídicamente improcedente su solicitud de traslado. Así las cosas, considera no ser viable el deseo de la demandante de trasladarse a COLPENSIONES. Aunado a ello, esgrimió no es procedente la solicitud de condena por concepto de la devolución de todos los aportes que fueron cancelados por la actora a COLPENSIONES. Además, señala que la afiliación celebrada con esta entidad reúne y cumple con todos los requisitos normativos vigentes para la época de la afiliación, gozando de total validez y efectos jurídicos para las partes, y en ningún momento se indujo, coaccionó o se generó error a la demandante al momento de suscripción del formulario, puesto que se le

brindó la información necesaria para adoptar una decisión consciente del traslado de régimen. Además, que no se aporta documento o prueba alguna idónea que tan solo acredite o refleje que no se le brindó la información suficiente, agregando, que el actuar de la entidad ha sido transparente velando siempre por el bienestar de los afiliados. Como excepciones de mérito, propuso las de, «Prescripción», «Buena fe, «prescripción de obligaciones de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 136 a 142).

Finalmente, mediante auto del 01 de agosto de 2019 se ordenó vincular al proceso en calidad de litisconsorte necesario a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP** (fl. 192), entidad que una vez notificada, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las circunstancias de hecho y de derecho aducidas por la actora no se produjeron como aparecen en la demanda, indicando que no tiene derecho a que se declare la nulidad del traslado de régimen ya que tanto la Ley como la jurisprudencia han establecido que la elección del fondo de pensiones es una decisión voluntaria de la persona, sin que medie constreñimiento alguno por parte de la administradora de pensiones; agregando, la actora en ejercicio del derecho al libre albedrío tomó la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS, teniendo como resultado la pérdida del régimen de transición, máxime cuando ya no se puede realizar el traslado de régimen nuevamente, por cuanto ya faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Advirtió en todo caso, de declararse la nulidad solicitada ésta debe reconocerse por parte de COLPENSIONES, en razón a la distribución de competencias creada mediante la Ley 1151 de 2007, encontrándose la UGPP imposibilitada para recibir afiliados. Propuso como excepciones de fondo las de, «prescripción», «buena fe», «cobro de lo no debido», «compensación» e «inexistencia de responsabilidad» (Fls. 218 a 224 fte. y vto.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del día 25 de junio de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 13 de octubre de 1994 por medio de la AFP COLFONDOS S.A., en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a la COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenó igualmente a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y actualice su historia laboral. Absolvió a la codemandada UGPP de las

pretensiones de la demanda. Absolvió a COLFONDOS y a la UGPP de la condena en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó conforme a la jurisprudencia laboral de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, advirtiendo sobre el deber de informar tanto lo favorable como lo desfavorable, y las consecuencias que tienen los traslados y que dicha omisión de la información trae como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado; señalando que la carga de la prueba recae directamente en el deber de suministrar información por parte de la AFP que realizó la afiliación. De esta manera, en este caso no se logró acreditar por parte COLFONDOS S.A. que a la demandante se le dio una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen; que la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, pero, este no es suficiente para corroborar que efectivamente se le brindó a la afiliada la debida información, que lo llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que la demandante no fue debidamente informada, por tanto debía declararse la nulidad y volver las cosas a su estado anterior, teniendo a la actora como si nunca se hubiera traslado del régimen de prima media, no obstante, advirtió que la actora estaba afiliada a CAJANAL antes de su traslado al RAIS, no obstante como dicha entidad fue suprimida mediante el Decreto 2196 de 2009, donde se estableció que sus afiliados serían traslados al ISS, hoy COLPENSIONES, de modo que debe ser esta entidad la que debe activar la afiliación de la actora en el RPMPD por disposición legal y no la UGPP.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de COLPENSIONES apeló la decisión en procura de su revocatoria, considerando que de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la presenta acción, se evidencia un perfeccionamiento del acto inexistente, en atención a la sentencia SL1688 de 2019, advirtiendo se debe hacer un análisis de las condiciones particulares de cada hecho, estableciendo si existió el fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, conforme al artículo 898 del Co. de Co. y los artículos 1754, 1752, según los cuales, con el transcurso del tiempo la parte actora ha aceptado las características y beneficios del RAIS.

Igualmente, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en razón a que esta administradora no realizó el cambio de régimen pensional, este fue realizado con la administradora COLFONDOS y si bien esta última entidad manifestó haberse allanado, era evidente que dicha AFP no tiene como

demostrar que efectivamente dio o no la información pertinente relacionada con el cambio de régimen pensional, sin embargo, no se efectuó condena alguna pese a que fueron quienes realizaron el traslado, sin siquiera haberse condenado en costas por la falta del deber de información. De otro lado, señaló que PORVENIR tampoco tuvo nada que ver con el cambio de administradora en el RAIS, pues la demandante realizó su traslado de manera libre y sin presiones cambiando de COLFONDOS a HORIZONTE, época en la que era una AFP independiente de PORVENIR que posteriormente se fusionó con ella. En ese sentido, señaló que a la actora no se le ha coartado derecho fundamental alguno; y en este caso, la actora escogió libremente su administradora de pensiones, ratificando su decisión trasladándose a HORIZONTE. Aunado a lo anterior, señaló que no era dable al Juez Laboral desbordar su competencia funcional en perjuicio de la seguridad jurídica y la autonomía judicial en pretexto de proteger derechos fundamentales presuntamente transgredidos, ello para hacer referencia que si la AFP descuenta gastos de administración, es precisamente para incrementarlos en su cuenta de ahorro individual, y si la AFP descuenta todo los relacionado con los seguros, es para garantizarle el riesgo al futuro, los cuales son descontados y que ya efectivamente fueron causados y que no son un capricho de la AFP descontarlos, pues así lo ordena el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, si se predica de COLPENSIONES que se descapitaliza el sistema, por eso no se puede decir que los fondos privados deban devolver dineros, cuando en virtud del principio de la buena fe y del cumplimiento de la norma, es que se han descontado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó que se confirme la condena impuesta en primera instancia, y la UGPP por su parte, también solicitó la confirmación de la decisión, en tanto y en cuanto, se le absolvió de las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

En efecto, se acredita de los distintos documentos aportados al plenario que la actora nació el 16 de abril de 1960 (fls. 114, 143 y 166), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de febrero de 2018 (fl. 54 a 56), 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 309 semanas de cotización ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL -CAJANAL EICE (fls. 166-167) equivalentes a un poco más de 6 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.

[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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

No obstante lo anterior, pretende la parte 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 13 de octubre de 1994 (Fl. 114), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 110), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de octubre de 1994, fl. 34), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las

primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Median, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 167, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende siendo la actora afiliada a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta noviembre de 1994 (fl. 167), destacando, incluso, que 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 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo hoy 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 que conforme el artículo 3 de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, la UGPP 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 sea o no beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se

tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP COLFONDOS Y PORVENIR, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se modificará la decisión en este aparte de la sentencia, para imponer costas procesales igualmente a la AFP COLFONDOS.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, en lugar de la nulidad declarada por la juez a quo. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP COLFONDOS S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL SEXTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de imponer costas de primera instancia a las accionadas AFPs COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia bajo estudio. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

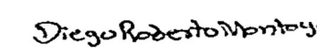
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado LUIS ORLANDO LOSADA HERNANDEZ contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-021-2018-00684-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 de 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ORLANDO LOSADA HERNANDEZ**, pretende se declare la NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y/O VINCULACIÓN al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuada el 04 de mayo de 1999, a la AFP PORVENIR por la indebida, incompleta y engañosa información que le fue suministrada al momento de la afiliación, lo cual generó un error de hecho que vició su consentimiento. En consecuencia, la afiliación efectuada a la AFP COLFONDOS S.A. el 21 de marzo de 2002. Se declare que siempre ha permanecido al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES. Que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES por un valor superior a $2.000.000 para el año 2019, contrario a lo que recibiría en el RAIS que estaría sobre un valor de $900.000. Por lo anterior, se condene a la AFP COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES los aportes rendimientos, bonos pensionales, comisiones que se encuentran en su cuenta de

ahorro individual; a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación al RPMPD, actualizando su historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 18 de octubre de 1957, afiliándose al ISS el 3 de octubre de 1985, precisando al momento de la presentación de la demanda 1.600 semanas cotizadas. Sostuvo que se trasladó al RAIS, a la AFP PORVENIR S.A., el 04 de mayo de 1999; sin embargo, sostuvo que esta administradora NO le suministró en ese momento el texto del reglamento ni el plan pensional, pese a conocer su número de semanas cotizadas al RPMPD y el promedio salarial; no le informó las implicaciones del traslado, la naturaleza del régimen, así como una información completa y comprensible sobre dicho cambio, siendo él una persona inexperta en el tema pensional y fondo un versado en la materia. No le informó sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, sobre las distintas opciones o proyecciones de pensión en cada régimen pensional; incumplió con el deber del buen consejo, no le sugirió sobre la conveniencia de cotizar y quedarse en el RPMPD; tampoco recibió asesoría sobre la posibilidad de regresar al RPMPD al cumplir 52 años por serle patrimonialmente más favorable al momento de pensionarse. De otro lado, el 21 de marzo de 2002 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., entidad que incurrió en las mismas deficiencias. Arguyó que, estando cerca de cumplir los requisitos para acceder a su pensión, decidió contratar una asesoría pensional y a través de un estudio pensional que le fue realizado, se percató del engaño del cual había sido víctima por dichas AFP, por tal razón, el 19 de julio de 2018 les solicitó la nulidad o declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, junto a los documentos, formulario de afiliación, proyecciones y estudios financieros realizados en la época, además de una proyección pensional actual. Dichas solicitudes de nulidad fueron contestadas de forma negativa, aunado a ello, la proyección pensional arrojó que obtendría una mesada pensional de $912.462, mientas que en el RPMPD sería de $1.767.432, lo cual le genera un grave perjuicio económico y material. De igual modo, señaló haber solicitado a COLPENSIONES la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, pero ésta fue respondida de forma negativa (fls. 2 a 27).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que él señor LUIS ORLANDO LOSADA HERNANDEZ se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y libre el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR y que su posterior traslado a la AFP COLFONDOS, confirma que tenía conocimiento de dicho régimen pensional. Adicionalmente, el actor está próximo a cumplir la edad requerida para

adquirir el status de pensionado, encontrándose en la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 131 a la 149).

COLFONDOS, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que no concurren los presupuestos para que se pueda declarar la nulidad de la afiliación, pues esta fue adoptada de manera libre y voluntaria, consciente, debidamente informada y sin presiones. Agregó que la entidad capacita a sus asesores de manera profesional, con el fin de que puedan transmitir la información completa y suficiente de manera oportuna sobre las características y productos que ofrece el sistema general de pensiones. Adicionalmente, con el traslado a esta AFP, el actor ratificó su decisión de continuar en el RAIS, no haciendo uso de su posibilidad de trasladarse al régimen de prima media en forma oportuna. Aunado a ello, el accionante no es beneficiario del Régimen de Transición. Como excepciones de fondo, propuso las de «validez de la afiliación con COLFONDOS», «inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A.», «buena fe», «prescripción», e «innominada o genérica» (Fls. 185 a la 195).

De igual manera, la **AFP PORVENIR S.A**., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que al actor se le brindó toda la información correspondiente al RAIS, es decir, las características, funcionamiento y manejo de la cuenta individual, de igual manera se le indicó sobre la existencia de los dos regímenes pensionales; de tal modo que, la afiliación se hizo de manera libre, espontánea, voluntaria y con el llano de todo los requisitos que le Ley exige, siendo válida y carece de nulidad o vicio en el consentimiento. Como excepciones de mérito, propuso las «Prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 206 a 214).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 04 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 4 de mayo de 1999 por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, declaró como afiliación válida, la del RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del

demandante, en el plazo de un mes. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES lo descontado al demandante por concepto de gastos de administración y de traslado. Condenó igualmente a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, advirtiendo sobre el deber de informar tanto lo favorable como lo desfavorable, y las consecuencias que tienen los traslados y que dicha omisión de la información trae como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado; señalando que la carga de la prueba recae directamente en el deber de suministrar información por parte de la AFP que realizó la afiliación. Sin embargo, en este caso no se logró acreditar que al demandante se le dio una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen; que la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, pero, este no es suficiente para corroborar que efectivamente se le brindó al afiliado la debida información, que lo llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que el demandante no fue debidamente informado. En cuanto a la prescripción, sostuvo que el traslado de régimen no está sujeto a un término de prescripción, toda vez que está ligado al derecho a la pensión, el cual se torna imprescriptible.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, considerando que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, éste se debe aplicar de manera objetiva, analizando cada caso en concreto, en especial lo atinente a las expectativas legítimas, pues el aquí demandante no es beneficiario del régimen de transición, no teniendo en este caso, una expectativa real sobre su derecho a la pensión; por otro lado, sostiene que no se logró demostrar la existencia del vicio del consentimiento alegado por error; respecto a la carga de la prueba, sostuvo que no es procedente invertirla en este caso, pues el demandante como se mencionó, no es beneficiario del régimen de transición. Agregó de otra parte, que no es razonable poner obligaciones o importes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado pues el mismo solo se dio para el año de 1999 con la AFP PORVENIR y luego en el 2002 con la AFP COLFONDOS cuando no existía tal requisito, pues ese deber sólo nació a partir del año 2014, de este modo, se desvirtuó el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no sólo consiste en la posibilidad para interponer recursos, sino

también en el ajuste a las normas preexistentes. Por último, señaló que no es admisible que el demandante pretenda trasladarse a COLPENSIONES y pretenda beneficiarse de aportes que jamás ha realizado al RPM, pues tal situación, quebranta el principio de la sostenibilidad financiera. De igual modo indicó que en caso de confirmarse el fallo, se de aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a que COLFONDOS se allanó a los hechos y pretensiones de la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, pues sostiene que se demostró la omisión del deber a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. de entregar información adecuada, clara y suficiente.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo

sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 28 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 18 de octubre de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 18 de octubre de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante las accionadas PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES el 19 de julio de 2018 (fls. 54 a 83), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 369 semanas de cotización, (fls. 38 a 41) equivalentes a un poco más de 7 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, pretende la parte 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 04 de mayo de 1999 (Fl. 34), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en

[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 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".

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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro

de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 34), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (04 de mayo de 1999, fl. 34), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo

de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

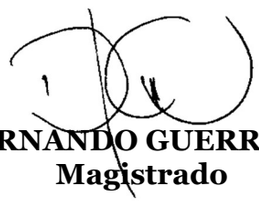
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

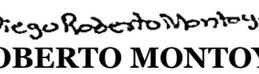
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ILIA MARULANDA RANGEL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-009-2018-00284-01

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11362 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto del año 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ILIA MARULANDA RANGEL**, pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS, realizado por la accionante hacia la AFP PROTECCION S.A, al no haberle proporcionado información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiendo información frente a los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de su vinculación, incumpliendo su deber de buen consejo. Como consecuencia de lo anterior, se declare que la demandante debe estar afiliada al RPMPD, así mismo se condene a PROTECCION S.A. al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES, y a esta aceptarlos y a registrar a la accionante como su afiliada sin solución de continuidad desde el 12 de mayo de 1998, del mismo modo, se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el día 12 de mayo de 1988, que aportó al Sistema General de Pensiones previo al traslado al RAIS 301,57 semanas, agregó que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al ISS, afiliándose a la AFP PROTECION S.A. el 1° de mayo de 1994, hasta la fecha; señaló que el funcionario de la AFP PROTECCION S.A que la asesoró, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, en igual medida, omitió elaborar una proyección que le permitiera a la demandante contar con información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional; que el asesor le manifestó que no se iba a poder pensionar ya que el ISS se iba a acabar, y que en el RAIS se iba a poder pensionar a cualquier edad, entregándole información de manera sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado. Informó que cumplió 47 años de edad el 15 de octubre de 2008, estando afiliada a PROTECCION S.A., no obstante, nunca recibió una asesoría donde se le informara acerca de la oportunidad de regresar al RPMPD, ni de la prohibición legal de efectuar el traslado de régimen una vez cumplida esa edad. Indicó que actualmente cuenta con 1.497.28 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y que para el 24 de octubre de 2017 envío derecho de petición a PROTECCION S.A solicitando la invalidación de la afiliación, de igual forma el 24 de octubre de 2017 radicó formulario de traslado a COLPENSIONES, solicitud que fue respondida de manera negativa (Fls. 29 a 45 y 48 a 49).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, como quiera que el traslado efectuado por la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente se demuestra que la AFP PROTECCIÓN S.A. proporcionó toda la información necesaria a la accionante como los beneficios y desventajas, agregó que el traslado al RAIS fue realizado de manera valida y conforme con la normativa vigente para la época, motivo que le impide a COLPENSIONES afiliarla nuevamente al RPMPD. Propuso como excepciones de mérito las de, «Imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción de contrato de afiliación», «Imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida», «Buena fe», «Prescripción», «Compensación» e «Innominada o genérica» (Fls. 87 a 91).

PROTECCIÓN S.A, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que es un acto existente, valido, exento de vicios del

consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observó que el formulación de vinculación que suscribió la demandante se realizó de forma libre y espontánea solemnizándose de esa forma su afiliación, teniendo la naturaleza de verdadero, siendo una manifestación libre de presiones y engaños, por lo anterior no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado. Agregó que no puede afirmarse la existencia de engaño, basándose en sus expectativas económicas pensionales, en igual medida, no puede realizar el traslado al encontrarse dentro de la limitante de los últimos 10 años para el cumplimiento de la edad de pensión, indicando no hay lugar a que se predique conducta alguna contra PROTECCION S.A. para condenarla en costas, por el contrario, solicita se condene en costas a la demandante, por no tener asidero sus pretensiones. Propuso como excepciones de mérito las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones» e «Innominada o genérica» (Fls. 195 a 159).

PORVENIR S.A contestó la demanda sin oponerse ni aceptar las pretensiones dirigidas contra PROTECCION S.A, no obstante informó que la demandante se trasladó de PROTECCION S.A. a PORVENIR S.A. en junio del año 2002, con fecha de efectividad agosto del 2002, indicando que al momento del traslado se le informó a la demandante sobre las características y demás beneficios de los dos regímenes pensionales y la accionante resolvió vincularse a PORVENIR, sin embargo explicó que en febrero de 2003 se vinculó nuevamente a PROTECCION S.A. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación», «Inexistencia de la obligación a cargo de mi representada», «Cobro de lo no debido»,«buena fe», «Compensación» e «Innominada o genérica» (Fls. 174 a 186).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de agosto del 2020, declaró la ineficacia del traslado del régimen realizado por la demandante el 14 de abril de 1994 del RPMPD al RAIS, ordenó a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la accionante sin descuento alguno por gastos de administración y ordenó a COLPENSIONES reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados, de igual forma condenó en costas a PROTECCION S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró frente a la elección de régimen pensional, que las entidades deben suministrar a los usuarios la información necesaria

para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, de suerte que les permitan a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, en igual medida consideró que desde su creación las AFP tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información amplia y suficiente, en cuanto a las características, condiciones, acceso de cada uno de los regímenes pensiónales explicando ventajas y desventajas, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Agregó que, si el afiliado alega que no recibió la información completa y suficiente, las negaciones indefinidas no requieren pruebas, siendo la carga de la prueba del fondo de pensiones, concluyendo así, que la AFP accionada no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, añadiendo que las afiliaciones posteriores entre el RAIS no convalidan la información viciada como tampoco convalidan el cambio de régimen que ocurrió por la desinformación.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada COLPENSIONES apeló la decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, al no existir una expectativa legitima para la actora a la hora del traslado, toda vez que contaba con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, indicando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo. Arguyó que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión a recibir en el RPMPD que pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por si sola, no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la demandante, lo hiciera promovida por un engaño por parte del fondo, y además consideró que no se logró probar una información falaz por parte de la AFP, máxime cuando para la fecha del traslado los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, evidenciando que la accionante decidió continuar cotizando al RAIS de manera voluntaria.

PROTECCIÓN S.A. por su parte, apeló parcialmente la decisión, en lo que respecta a la imposición de devolver los gastos de administración y los valores pagados a la aseguradora, toda vez que estos dineros cobrados en su momento, fueron debidamente autorizados y contemplados por el legislador al momento de crear el Sistema General de Pensiones, entendiendo que cada régimen tiene cobros por este concepto, que tienen justificación en la labor financiera y previsora que adelantó PROTECCION S.A. a través de los años en los que la accionante estuvo vinculada. Indicó que de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, el cual establece los efectos taxativos de la declaratoria de nulidad, el contrato se entiende que no se suscribió, así como los

rendimientos en la cuenta de ahorro individual tampoco debieron haber surgido, y en ese entendido no debió haber existido el cobro de una comisión de administración, por lo anterior, solicita se absuelva a PROTECCION S.A. de generar la devolución de los gastos de administración y de los dineros pagados a la aseguradora.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones, COLPENSIONES en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de igual modo, la AFP PORVENIR S.A solicita se confirme en tanto la de primera instancia, la absolvió de las pretensiones. La parte actora, igualmente solicitó la confirmación de la decisión. PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 03 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 17 de febrero de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 17 de febrero de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de octubre de 2017 (fls. 24 y 25), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 297,29 semanas de cotización de aproximadas, (fls. 6,7, 16, 92 y 113 a 116) equivalentes a casi 6 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, pretende la parte 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 -RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de abril de 1.994 (Fl. 110), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[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 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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera

alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.
De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 110), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (14 de abril de 1.994, fl. 110), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual

es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANA ELVIA HERNANDEZ FLOREZ contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A. Rad. 1100131-05-039-2018-00047-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ANA ELVIA HERNANDEZ FLOREZ**, como pretensiones principales, solicita que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que realizó el día 1 de Diciembre de 1996 del RPM al RAIS, por la indebida información que suministró el fondo privado; se ordene a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado; se ordene a PROTECCION S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; se ordene a COLPENSIONES, recibirla en esa administradora sin solución de continuidad.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 05 de julio de 1961 y se afilió al hoy COLPENSIONES el día 1 de diciembre de 1983, cotizando a este régimen un total de 499 semanas por intermedio de diversos empleadores; el día 1 de

diciembre de 1996 se trasladó del hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A., pero advirtiendo, esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, además, la anulación del traslado es viable en virtud de los pronunciamientos efectuados por la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado para convencerla que se trasladara de régimen pensional, evidenciándose el engaño en el que incurrió dicha administradora por vicio en el consentimiento por dolo. Agrega que desde su afiliación al RAIS el 1 de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2017, cotizó un total de 1.089 semanas; así, ha cotizado a los dos regímenes un total de 1.588 semanas. Manifestó igualmente, que COLFONDOS S.A. no le informó antes del 5 de Julio de 2008 sobre la imposibilidad de trasladarse de Régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Por otro lado, sostuvo que PROTECCIÓN S.A., le informó que su pensión de vejez en el RAIS sería de $1.577.403 para el año 2018 fecha en la que cumple los 57 años de edad, pese que tiene un IBL para el año 2018 de $6.273.580, suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 71.95%, arroja para esa anualidad una mesada pensional en COLPENSIONES de $4.513.841. Por lo anterior, mediante derecho de petición del 17 de diciembre de 2017, le solicitó a cada una de las accionadas la nulidad del mencionado traslado (Fls. 4 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la misma, argumentando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ya que no cumple con lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 y por tanto no pertenece al grupo de afiliados que podrá trasladarse de Régimen Pensional en cualquier tiempo, además no le asiste el derecho de trasladarse al Régimen de Prima Medio teniendo en cuenta la prohibición legal de traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltare diez años o menos para cumplir con la edad para una pensión de vejez, teniendo en cuenta que la demandante al momento de la contestación de la demanda ya contaba con 57 años. Además, no evidencia que exista una ilicitud en el objeto de la afiliación al RAIS, la cual fue plenamente eficaz y estuvo respaldada en la normativa vigente y normas legales que deben atender los fondos administradores de pensiones y para el presente caso la acción debió ser interpuesta dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, plazo máximo para que no operara la prescripción. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia del derecho reclamado»,

«inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad», «prescripción», «caducidad», «buena fe» y «genérica o innominada» (Fls. 152 a 175).

La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no es viable dicho traslado, pues la afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la parte actora. Agregó que la demandante no hace parte del régimen de transición y no solicitó el traslado antes de que le faltare diez (10) o menos años para cumplir con el requisito de la edad para la pensión de vejez en el RPM. De igual modo, explicó que el artículo 1509 del Código Civil refiere «El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento», siendo aplicable al caso, en tanto frente al negocio jurídico celebrado entre las partes se generaron obligaciones reciprocas dentro de las cuales, estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado en tanto los Regímenes Pensiónales se encuentran regulados en la legislación Colombiana, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza de la demandante para informarse de las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimientos que puedan fundamentar la declaración de nulidad, pues el error de derecho no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo, las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 195 a 202).

En lo que concierne a la **AFP PROTECCION S.A.**, mediante auto del 25 de noviembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda al no haberla subsanado en el término otorgado, teniéndose tal hecho como indicio grave en su contra (Fl 296).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de junio 2020, declaró que el traslado que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con efectividad a partir del 1 de agosto de 1998 a través de la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Por ende, también es ineficaz la afiliación hecha a

PROTECCIÓN el 1 de octubre de 2006; condenó a PROTECCIÓN a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea sable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ordenó a COLFONDOS a que remita a COLPENSIONES las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o la cuenta de la demandante dentro de las siguientes fechas, es decir, del 1 de diciembre de 1996 al 1 de octubre de 2006; ordenó a COLPENSIONES a recibir dichos recursos, y reactivar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

Para arribar a tal conclusión, señaló que con base en la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las administradoras de fondos de pensiones demandadas no cumplieron con la carga probatoria que impone las normas procesales y sustanciales, teniendo en cuenta que efectivamente no aparece ningún elemento probatorio que indique cual fue la información seria, objetiva, comparada y comprensible que dieron a la demandante al momento de afiliarla, ya sea el 1° de diciembre de 1996 cuando se traslada de régimen o el 1° de octubre de 2006 cuando se traslada entre administradoras; estimando así que estas debieron cumplir con dicha información, incluso sobre la oportunidad y posibilidad de retornar al régimen de prima media. De igual modo sostuvo que del interrogatorio de parte a la actora no puede entenderse como confesión cuando efectivamente la demandante señaló que el promotor se tomó sólo 5 minutos y no se le dio mayor información, salvo que iba a tener «*pensión mayor», «va a perder lo que tiene el instituto de seguros sociales», «el ISS se va acabar», «lo que ahorre va a ser heredado»,* por lo anterior, infirió que el asesor no tuvo la diligencia y el cuidado de prestar la asesoría. Asimismo, sostuvo frente a los formularios de afiliación, que no se evidencia cual fue esa información que le suministraron al potencial afiliado, toda vez que la leyenda que señala que recibió toda la información que se firma y sin presión alguna, no da evidencia de que efectivamente esa información haya cumplido el principio de trasparencia que consiste en dar una información objetiva, comparada y comprensible. Frente a las comisiones por administración, señaló que, por existir un precedente jurisprudencial frente a este tipo de sanciones, era posible condenar al mismo desde el momento en que se hace efectiva la afiliación; en cuanto a la excepción prescripción indicó que, la jurisprudencia ha desarrollado este aspecto declarando que cuando la ineficacia esta intrínsecamente ligada con el derecho pensional debe de cobijarse bajo esa prerrogativa de imprescriptibilidad.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, solicitando la revocatoria de la sentencia emitida, argumentando que el acto de afiliación fue totalmente valido atendiendo que en este concurrieron los elementos que consagra el artículo 1501 del Código Civil tales como el consentimiento, la capacidad, objeto y causa lícita. Frente al consentimiento, indica este se entiende como una manifestación de mera voluntad de las partes, adicional a esto se establece como vicio el error, el cual puede ser de hecho o derecho en el que el error de derecho no vicia el consentimiento, en la medida que hace referencia al desconocimiento de la ley e interpretación errada de la misma y en el caso que nos ocupa la demandante incurrió en un error de derecho al entender el RAIS y en forma distinta sus características a lo que realmente establece la ley, a esto manifiesta que tampoco existió ningún tipo de vicio como fuerza o dolo tal como lo indicó la demandante en el interrogatorio de parte. Adicional a esto, indicó que para la época que la demandante se trasladó al RAIS, COLFONDOS su representada tenían la obligación legal de realizar algún tipo de proyección del monto pensional y de acuerdo al concepto 2015_123_910_2 de la Superintendencia Financiera, la cual advirtió que «*la existencia del deber de asesoría surge sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado", por lo que en vigencia del Instituto de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión*», precisando que si bien existía el deber de asesoría de la AFP en el momento del traslado esta no se encontraba en las misma condiciones ni las mismas características que se deben hacer a partir del año 2010 al 2015, por último manifiesta que la demandante tampoco contaba con una expectativa legitima, razón por la cual, no están llamadas a prosperar las pretensiones, puesto que al momento de realizar el traslado de régimen ella no cumplía con los requisitos mínimos para acceder a la pensión y tampoco con las condiciones para el régimen de transición.

Por su parte, la apoderada judicial de **PROTECCION S.A.** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión parcialmente en cuanto a los gastos de Administración y la devolución de los cobros por seguro provisional, toda vez que estos dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante se generaron como consecuencia de una disposición legal, pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En el hipotético caso de asumirse que PROTECCION no realizó la gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a

COLPENSIONES, no debe proceder el traslado de los aportes de la demandante con todos los rendimientos generados, pues estos se generaron producto de la gestión y buena administración y en ese sentido solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, pero sin los rendimientos generados. Asimismo, indicó que cuando se está hablando de ineficacia la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberá trasladar sólo los aportes que se acreditaron por parte de la demandante en su cuenta de ahorro individual, adicional a esto señala que PROTECCION actuó de buena fe en recibir esos dineros y respetando el derecho de escogencia de la demandante en cuanto al régimen al cual deseaba realizar sus aportes.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la decisión del a quo, y en su lugar se absuelva a su representada de toda y cada una de las condenas; lo anterior, con fundamento en que la demandante, como se evidenció a lo largo del proceso, hizo uso de su derecho de escogencia de régimen pensional conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y como quiera que para el momento en que realizó el traslado inicial se encontraba ante una mera expectativa no es no es posible su retorno al RPM en cualquier momento; agregando que la demandante a lo largo de los 20 años que se encontró afiliada al RAIS tuvo la oportunidad de acercarse a algún fondo o ante Colpensiones para solicitar una profundización en torno a su derecho pensional , sin que hubiera hecho uso de esta posibilidad, lo cual evidencia que la demandante estaba ratificando su derecho y su querer de mantenerse en el RAIS conforme al artículo 1754 del Código Civil. Además, no se evidenció en el proceso algún vicio en el consentimiento como error, fuerza o dolo al momento de realizar la afiliación que permitiera la nulidad o ineficacia de la afiliación. Aunado a lo anterior, manifiesta que el acto de afiliación ante la AFP está sujeto de prescripción, pasado el término de 4 años para rescisión de los contratos. Finalmente, arguyó que la demandante no hizo uso de sus derechos como consumidor financiero.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLFONDOS presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la contestación de la demanda y el recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. La parte actora, por su parte, solicitó que se confirme la decisión tras insistir en que no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 15 de octubre de 1996 por la demandante ANA ELVIA HERNÁNDEZ FLOREZ, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de la AFP, razón por la cual, se vulneró

el deber de información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los Artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[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 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".

A folio 53 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 05 de julio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 05 de julio de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 15 de diciembre de 2017 (Fls. 62 a 74), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 498.71 semanas de cotización (fl 55), equivalentes a un poco más de 9 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de octubre de 1996 (Fl. 176), específicamente, conforme la información registrada en los formulario de afiliación a COLFONDOS respectivamente.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que

tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora a los fondos accionados COLFONDOS y PROTECCION.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 176), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, 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 COLFONDOS.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demanda COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (15 de octubre de 1996 fl. 176), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por la parte recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

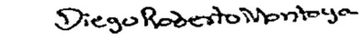
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CAMILO CAMACHO GARCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PESIONES COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-037-2018-00744-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de agosto 2020.

ANTECEDENTES

El señor **CAMILO CAMACHO GARCÍA**, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, efectuado ante la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A, por el incumplimiento de los deberes legales de información y de asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y a la AFP PORVENIR S.A, por el incumplimiento del deber legal de información, así mismo se declare que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD. Condenar a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar, así como actualizar su historia laboral. Por último, condenar a la accionada sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, y la condena en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó el demandante haber nacido el 17 de marzo de 1960, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 1° de julio de

1982 hasta el 31 de agosto de 1994, cuando un asesor de COLFONDOS S.A. lo contactó para que se trasladara del RPMPD al RAIS, sin informarle las ventajas y riesgos que implica el traslado de régimen, tampoco se le informó el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS. Que para el mes de mayo de 1998 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., cotizando desde julio hasta septiembre del año 2001, tiempo en el cual no fue informado sobre las implicaciones de su afiliación, y tampoco se puso en conocimiento proyecciones o estimativos de su pensión de forma comparativa entre los dos regímenes. En octubre de 2001, empezó a cotizar a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., para en marzo de 2006, trasladarse a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, cotizando desde abril de 2006 hasta abril de 2007, tiempo en el que, de igual modo, no le fue suministrada información suficiente, ni tampoco se le puso en su conocimiento proyecciones o estimativos de su pensión de forma comparativa entre los dos regímenes. Desde marzo de 2007, hasta la fecha se encuentra cotizando a la AFP PORVENIR S.A., la cual de igual forma omitió brindar información. Que en junio de 2018 tras un análisis actuarial conoce que su pensión es superior en trescientos mil pesos en el RPMPD, razón por la cual, presentó solicitudes ante las AFP PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y PORVENIR S.A. el 23 y 24 de julio de 2018, para que procedieran a anular su afiliación al RAIS, y por otra parte solicitó ante COLPENSIONES el 27 de julio de 2018 que le activara su afiliación al RPMPD manifestando que no recibió asesoría e información suficiente al momento de su traslado de régimen (Fls. 01 a 23).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente, que no existe prueba que permita establecer la veracidad de la conducta omisiva de la AFP privada, por tanto, la afiliación al RAIS cuenta con plena validez, agregando que no sólo se debe estudiar las conductas de las AFP, sino también la de sus afiliados quienes deben propender por aclarar cualquier duda sobre su situación pensional. Propuso como excepciones de fondo las de «el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe», «innominada o genérica», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social» (Fls. 140 a 155 y 311).

La **AFP PORVENIR S.A.,** por su parte, contestó la demanda oponiéndose a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, como quiera que este se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, sumado a lo anterior expone que para obtener la nulidad del acto jurídico de la afiliación, se

requiere demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente caso no se dan dichos presupuestos en la medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS, y no existe prueba sumaria siquiera que demuestre que existió algún vicio de consentimiento, así que su traslado fue de manera libre, voluntaria, espontánea sin que mediara coacción ni vicios del consentimiento, y además, no cumple con los requisitos legales para regresar al PRMPD. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «innominada o genérica», «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo pensional» y «debida asesoría del fondo» (Fls. 172 a 177).

La **AFP COLFONDOS S.A.,** contestó oponiéndose a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, manifestando que COLFONDOS brindó a el demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión del cambio de fondo de pensiones dentro del mismo régimen, dándole a conocer sus ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes a dicho régimen, igualmente se le dio a conocer sobre su opción legal de retracto, y se le manifestó que cuando un afiliado al RAIS desea pensionarse por vejez puede hacerlo en cualquier edad, siempre y cuando tenga en su cuenta de ahorro individual, en consecuencia el demandante contó con una información clara, cierta, completa y precisa frente a las características propias del régimen pensional, lo cual lo llevó a de manera libre, voluntaria y espontánea a trasladarse de régimen, así no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación de la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 197 a 220).

OLD MUTUAL, por su parte contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las peticiones, argumentando que la afiliación al RAIS cuenta con validez toda vez que obedece a un traslado horizontal entre administradoras privadas, de manera que fue reafirmada y validada su decisión de pertenecer a este régimen, recibiendo asesoría pertinente, para que su traslado fuera libre, espontáneo e informado, máxime el accionante ya venía de un fondo privado y por ende conoce las condiciones pensionales, adicional a esto el demandante está inmerso dentro de la prohibición

para trasladarse de régimen que conlleva el artículo 13 de la ley 100 de 1993, ya que cuenta con 59 años de edad. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «Buena fe», «Genérica» y «pago» (Fls. 233 a 245).

Finalmente la **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda manifestando su oposición a que se declare la nulidad y/o ineficacia toda vez que es un acto existente, válido, exento de vicios, este se realizó de forma libre y espontánea solemnizando de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de verdadero, dicha manifestación de la voluntad estuvo libre de presiones y engaños, agregando que el accionante no puede soportar dicha solicitud en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones» e «innominada o genérica» (Fls. 273 a 283).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 03 de agosto 2020, decidió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, como consecuencia de ello, condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que se entiende que una decisión es libre y voluntaria cuando tiene un conocimiento previo, siendo obligación la de cumplir con el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones. Explicó que para el 1° abril de 1994, el demandante tenía 34 años de edad contando con 586.71 semanas cotizadas, de lo cual infirió, el actor no es beneficiario del régimen de transición; resaltó frente a la existencia de los formularios de afiliación, evidenciaban el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la norma que resultaba vigente para el momento del traslado, esto es el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, es así que, entendió cumplidos los requisitos formales y generales, toda vez que consta la firma del actor, ello advirtiendo que acogía el deber de información, mas no lo agota. Agregó que del interrogatorio de parte surtido por el accionante, se extraía que al mismo se le indicaron las características propias del RAIS y se le informó que tenía la posibilidad de rendimientos. Frente al cambio que hizo a la AFP PORVENIR S.A, sostuvo, se hizo con ocasión a una nueva vinculación laboral, y la vinculación con OLD MUTUAL la realizó por el prestigio mundial que ésta gozaba, además, el formulario lo firmó de manera libre y sin presiones y reiteró que le brindaron información constantemente, del mismo modo explicó en su

interrogatorio de parte, que conocía de los aportes voluntarios, pero conocía de estos por los beneficios, así que realizó aportes voluntarios. Explicó que le manifestaron de los riesgos que existían en el régimen del RAIS y, afirmó que si conocía para el año 1994 los requisitos que debía tener para acceder a una pensión. En este sentido, señaló que el demandante desconoció que tuvo varias asesorías, pero que independiente de la calificación del actor, éste sabía y conocía que podría pensionarse a una temprana edad, lo cual corresponde a una característica legal del RAIS. Resaltó el conocimiento que tenía el demandante de los rendimientos financieros, al ser enfático en este sentido frente a su traslado a PORVENIR S.A. Señaló además el a quo que entre las manifestaciones del demandante, explicó que su cambio a OLD MUTUAL S.A se debió al prestigio universal en materia económica que esta tenía. Así insistió que este conocía las características del RAIS como la heredabilidad, que durante todo el tiempo de vinculación hizo aportes voluntarios y se benefició de los mismos y que si bien no se le ofreció un régimen comparativo, desde el plano legal y de la norma aplicable al momento del traslado no se requería, lo cual, no ocultaba el conocimiento del demandante. Frente al hecho alegado de no poder obtener una pensión anticipada, consideró ser contradictorio en torno a la liquidación presentada por la parte accionada, que demuestran que al día de hoy es posible acceder a la misma, siendo diferente que esté inconforme con el monto. En ese sentido, concluyo, al demandante se le dio información suficiente y adecuada al momento de su traslado, por tanto, este es eficaz y no se presentaron vicios del consentimiento.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial del accionante, apeló la decisión, argumentando que se dio por probado sin estarlo, que las AFP otorgaron información al demandante para el momento de su afiliación, dando por probado, que el actor entendió cómo funcionaban cada uno de ellos, olvidando que en el interrogatorio de parte manifestó que tuvo conocimiento de los beneficios y ventajas, es decir todos los aspectos positivos, pero de ninguna manera se podía inferir que conocía los aspectos negativos ya que no le brindaron comparativos del monto de su pensión, pues el fondo ocultó los riesgos y no le informaron que debía hacer para acceder a la pensión anticipada, ni la dinámica respecto de los rendimientos, pues este entendió que iban a tener unos rendimientos, pero no explicaron la implicación en su monto pensional. Expuso igualmente, que los conocimientos del demandante no eran en ningún momento especializados, su profesión es ingeniero industrial, así que no podía inferirse que tenía conocimientos de experto o específicos, solo estaba confiando en lo informado por las AFP del RAIS, lo cual no implica un conocimiento financiero, que se basó en el prestigio internacional en información mediática y la que los mismos fondos suministraba, resaltando que la normativa vigente para el traslado de régimen

en los artículos 15 y 16 señalaban que además del formulario debían entregarle el plan de pensiones y el reglamento del fondo privado y los representantes de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A confesaron que no le entregaron dichos documentos, además argumentó que el consentimiento no puede darse por probado con la firma del formulario, única prueba presentada en el proceso por las accionadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN presentaron alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, en tanto y en cuanto, les absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora por su parte, solicitó en términos similares a los de la alzada, que se revoque la decisión de primer grado. Los demás intervinientes en el proceso, guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 25 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 17 de marzo de 1960, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el 17 de marzo de 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante tanto a COLPENSIONES el 27 de julio de 2018 (fl. 46), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 586,57 semanas de cotización de aproximadas (fls. 26, 30-31, 159, 180 a 182) equivalentes a un poco más de 11 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, pretende la parte 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 01 de agosto de 2.000 (Fl. 221), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[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 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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A. (creo que es colfondos)

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante 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 el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que

permitan constatar la información suministrada a el demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. (fol. 221), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), por el contrario, niega que le hayan dado información en los términos expuestos, sino únicamente lo favorable del RAIS.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió al momento del traslado de régimen (01 de agosto de 2.000, fl. 221), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, advirtiendo en todo caso, que tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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 el demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el actor 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, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORVENIR S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculado el actor (fls. 178 y 179), trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de las accionadas PORVENIR Y COLFONDOS.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por el señor **CAMILO CAMACHO GARCIA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP COLFONDOS S.A.**; y como consecuencia de ello, se ordena a **PORVENIR S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado del accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las **AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NANCY PATRICIA CORTES QUIMBAY contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 110013105-039-2019-00253-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada judicial de COLPENSIONES y él apoderado judicial de OLD MUTUAL S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de junio de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **NANCY PATRICIA CORTES QUIMBAY,** pretende se declare la nulidad del traslado efectuado a COLFONDOS S.A. a inicios del año 1997, así como los demás traslados el RAIS a las AFP OLD MUTUAL y PORVENIR S.A; como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a afiliarla en el RPM, en virtud del regreso automático, costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, se trasladó del ISS a COLFONDOS a inicios del año 1997, que tal afiliación tiene inconsistencias por no registrar la firma del empleador, por ello no se cumple con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 693 de 1994, señala que al momento del traslado el asesor comercial no le brindó una información completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, no se le realizó un estudio sobre su situación en particular; se le ilustró únicamente sobre los beneficios

que podría obtener al cambiarse de régimen pensional. De igual modo señaló haberse trasladado a la AFP SKANDIA el 30 de junio de 2004, y a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de enero de 2013; además, nació el 28 de abril de 1962 y cumplió sus 57 años de edad el 28 de abril de 2019; argumentó que son las accionadas a quienes le corresponden la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con su deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto del cambio del régimen pensional. Finalmente señala que la AFP PORVENIR le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado, cotizando el 100% del tiempo y sin volver a cotizar, al cumplir sus 57 años de edad, arrojando una mesada pensional por la suma de $5.124.400, y de $5.084.500 respectivamente; y que realizando una simulación pensional en el RPMPD obtendría una mesada pensional por el valor de $7.557.735 teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años, por lo que, comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes se puede observar que su mesada es ostensiblemente mayor en el RPM que en el RAIS. Añadió igualmente, que sumadas las semanas cotizadas y proyectadas en el Sistema General de Pensiones desde el 02 de mayo de 1980 hasta el 28 de abril de 2019, arroja un total de 1.926 semanas cotizadas, En tal medida, indicó haber radicado derecho de petición ante COLPENSIONES el 08 de octubre de 2018 con Rad. No. 2018_12712474 solicitando la nulidad de los traslados efectuados a las AFP COLFONDOS, OLD MUTUAL AF y PORVENIR S.A, sin que a la fecha haya pronunciamiento alguno (Fls. 3 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas y solicita se absuelva de las mismas, manifestando que dentro del expediente no obra prueba alguna en la que se demuestre que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error, por parte de las AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo sostuvo que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, que las documentales aportadas dan cuenta que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, así mismo, refirió que en el presente asunto la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Así mismo arguye que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con la edad de 32 años, por ello no contaba con la edad ni con los 15 años de cotización, razón por lo cual, no es beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legitima, ni derecho adquirido en el RPM, de tal modo que el 08 de octubre de 2018,

fecha en la que solicitó su retorno ante COLPENSIONES ya se encontraba inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito, las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al RPMPD», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público», e «innominada o genérica» (Fls.103 a 119).

Por su parte la demandada **AFP SKANDIA S.A**. (**OLD MUTUAL**) contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas solicitando se absuelva de las mismas, argumentando que el traslado de la demandante al fondo goza de plena validez ante la ley, afirmando que el mismo no presenta ningún vicio del consentimiento, toda vez que, fue un acto voluntario que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se encuentra regido por el artículo 1495 del código civil y el articulo 2 del Decreto 1642 de 1995, estimando así, que dicha elección libre y voluntaria se materializa con la suscripción del formulario de afiliación. Aunado a ello, la demandante ya venía afiliada de otra AFP del RAIS por ende tenía conocimiento sobre el funcionamiento del mismo, de sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional. En ese orden, sostuvo que la asesoría en el caso en particular se tornaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante, puesto que la única diferencia radicaba en el tema relacionado con la rentabilidad. Finalmente manifestó que al momento de la asesoría se le brindó a la demandante una información cierta, suficiente y oportuna. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe», «pago» e «innominada o genérica» (Fls. 125 a 131).

A su turno la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas solicitando se le absuelva de las mismas, argumentando para tal efecto, que el traslado a la entidad se encuentra libre de presiones o engaños, después de habérsele suministrado información completa y veraz, tal como se aparece en la solicitud de vinculación, documento que señala se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo 54A del CPT. Sostuvo que la demanda se presente, únicamente después de que la demandante realizara solicitud para retomar al RPMPD, la cual fue rechazada en aplicación de la restricción de traslado a que se refiere el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, que pasaron más de 22 años desde la afiliación de la demandante en el RAIS, durante los cuales se mantuvo afiliada, pagó aportes y no manifestó inconformidad con la decisión que adoptó. Así mismo señaló que la

ineficacia a la que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de la afiliación del sistema, es decir, contra conductas dolosas, las cuales en el presente caso, ni se alegan ni se acreditan por parte de la demandante. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y la «genérica» (Fls. 165 a 179).

Finalmente, la **AFP COLFONDOS S.A.** según memorial adosado a folio 183 manifestó que se allanaba a las pretensiones de la demanda (Fl. 183).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de junio de 2020 declaró que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS a partir del 1° de junio de 1997 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico; condenó a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración desde el 1° de junio de 1997 hasta el 31 de junio de 2004; condenó a OLD MUTUAL S.A. a trasferir a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración desde el 1 de agosto de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2013; ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros de que trata los numerales anteriores, y reactivar la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; autorizó a COLPENSIONES a realizar las actuaciones pertinentes para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con esta decisión; condenó a costas a OLD MUTUAL S.A. por la suma de $1.790.000.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró la juez a quo, que cuando la norma establece que se debe de firmar de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, no se está quedando obligada única y exclusivamente con la suscripción que se hace en el mismo, señalando que dicha suscripción va antecedida de una debida explicación e información que debe de dar el promotor de la AFP que aborda al potencial afiliado, cumpliendo dicha información con el principio de trasparencia de acuerdo al Decreto 663 de 1993, afirmando así, que en virtud de ese principio esa información debe de ser objetiva, completa, comparada y comprensible, concluyendo de este modo que le corresponde la carga de la prueba a las Administradoras de Fondos de Pensiones en virtud del artículo 1604 del código civil, y el articulo 167 del CGP, indicando en este punto, que su decisión la motiva además con lo establecido en las sentencias con Rad. No. 1688 de 2019, STP 2082 de 2019, STL 59356 de 2020, STL 59476 de 2020. En tal sentido, concluyó que las AFP demandadas no cumplieron con las cargas que le imponen las normas procesales y sustanciales, aunado a que el traslado que hizo la demandante del RPM al RAIS lo hizo a través de COLFONDOS

entidad que solicitó el allanamiento y aceptó los hechos de la demanda al no contestar y manifestar que no se oponían a los mismos. Agregó que la demandante tenía como límite para trasladarse al RPM hasta el 28 de abril de 2009, indicando que las administradoras que intervinieron hasta esa Data tenían el deber de dar conocer a la actora todas las ventajas y desventajas de su situación para saber si era conveniente seguir en el RAIS o retornar al RPM, siendo inoficioso después del 2009 porque la misma Ley prohibía ese traslado, concluyendo así, que no hubo una información por parte de COLFONDOS; de igual manera señaló que en el interrogatorio de parte a la demandante, no se logró provocar confesión, pues la actora siempre manifestó que no le dieron dicha información, que lo único que le informaron fue que la demandada OLD MUTUAL daba un mejor manejo administrativo. Reiteró que de los formularios de traslado no se logró establecer el cumplimiento de la información por parte del promotor que abordó a la demandante, por en ende, era dable declarar ineficaz dicha afiliación. Frente a la excepción prescripción, argumentó que no prosperaba por estar intrínsecamente ligada con el derecho de pensional que es imprescriptible, por ende, está acción se torna imprescriptible, frente a las costas, condenó a OLD MUTUAL exonerándose de la condena a costas a COLFONDOS por allanarse a las pretensiones de la demanda desde su contestación; a PORVENIR S.A y a COLPENSIONES por no intervenir en el acto que se declaraba ineficaz.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial **OLD MUTUAL S.A.,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación en lo que concierne a la condena en gastos de administración a la entidad, señalando que dichos gastos o rendimientos no se generan como una manifestación caprichosa, sino que corresponden específicamente a una destinación establecida el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que se hace respecto de los aportes de los afiliados de dichos dineros, agregando que los gastos de administración corresponden por una parte a cubrir las contingencias por invalidez, vejez y muerte y por otra parte por ahondar toda la manera en que los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante generan rendimientos, motivo por el cual y ante la apariencia de un negocio cobijado bajo la buena fe, se recibió a la demandante y realizó la gestión que por norma le toca, esto es, generar rendimientos en su cuenta de ahorro individual. Por lo anterior, afirma que la entidad no se encuentra obligada a devolver los gastos de administración teniendo en cuenta que dichos emolumentos ya se generaron.

La apoderada judicial de la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria del fallo y en su lugar se absuelva de la misma, argumentando que la demandante hizo

uso de su derecho de traslado de régimen pensional en el año de 1997, y sólo hasta el año 2019 presentó solicitud de traslado de retorno al RPM; resaltó debe de tenerse en cuenta que la actora ya había realizado varios afiliaciones horizontales dentro del RAIS, realizándolo de manera libre, espontánea y voluntaria, dando ejecución a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en este punto indica que mal se podría aceptar la alegación de falta de conocimiento de la actora, toda vez que, en varias oportunidades tuvo la posibilidad de informarse, de solicitar información, de tener mayor conocimiento si consideraba que no lo tenía respecto a su derecho pensional, y demás características que le pudiera brindar su afiliación al RAIS; así como haberse acercado a la sedes del ISS para solicitar información o proyección sobre su derecho pensional, señalando que no se evidencia que la demandante hizo uso de estos derechos; aunado a lo anterior arguye que conforme lo dispuesto en el decreto 2241 del año 2010 con relación a los derechos y deberes del consumidor financiero, en está el deber de informarse adecuadamente respecto de los temas generales de pensiones, solicitar información, sin que se haya hecho uso de ese deber; bajo este entendido indica que la actora aceptó las reglas subjetivas y el impacto de su cuenta de ahorro pensional, por ser una decisión consciente con los efectos legales y las consecuencias que ello conlleva. Resaltó ser inquietante que sólo hasta 10 años después haya solicitado la actora su retorno al RPM y que el deber de información no solo está en cabeza de las administradoras, el cual además, no exonera al afiliado de concurrir ilustrado a la escogencia de su régimen pensional. Sumado a lo anterior, sostuvo que se encuentra prescrita la posibilidad de retornar a su régimen de prima media conforme a lo establecido en los artículos 488 el CST y 151 del CPTSS, al haber trascurrido los tres años de los que tratan los anteriores artículos, o como lo dispone el artículo 1750 del código civil en el cual se establece un término de cuatro años para la recisión de los contratos por ser un acto jurídico sujeto de prescripción. Por lo expuesto concluye que resulta improcedente declarar ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS. Manifestó finalmente, que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se ordene a la AFP normalizar la afiliación en el sistema de información a la administradora de fondos de pensiones, así como la devolución de los aportes a COLPENSIONES con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes durante su permanencia en el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el termino de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y AFP SKANDIA presentaron sus alegaciones en similares términos a los indicados en sus apelaciones, solicitando que se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones

incoadas en su contra, y se revoque la sentencia proferida en primera instancia. Así mismo la parte ACTORA solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, manifestando que le asiste el derecho a que se declare la ineficacia de su afiliación. Por su parte COLFONDOS S.A guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[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 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

A folio 13 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 28 de abril de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 28 de abril de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de octubre de 2018 (Fl. 18), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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 647.57 semanas de cotización (fls. 26 a 27), equivalentes a casi 13 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1 de junio de 1997 (Fl. 15), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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.

---

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora a los fondos accionados COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna no se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. (Fol. 15) 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 COLFONDOS S.A., entidad que por además, se allanó a las hechos y pretensiones de la demanda.
En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 1° de junio de 1997 (Fl. 15), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento.

Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

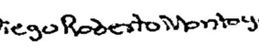
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NEYSEE DE JESUS ÁLVAREZ MORENO contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-007-2019-00129-00

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de junio del 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **NEYSEE DE JESUS ÁLVAREZ MORENO** pretende se declare la anulación de su *afiliación-adhesión* efectuada por las AFP PROTECCIÓN y SANTANDER -SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A.- a partir del 1° de julio de 1999, por no existir un consentimiento informado; se declare que COLPENSIONES deberá reconocer su pensión de vejez una vez acredite los requisitos de la edad y semanas cotizadas; como consecuencia de lo anterior solicita, se condené a la AFP OLD MUTUAL S.A. trasladar el capital y los rendimientos financieros acumulados al RPM desde el 12 de diciembre de 1994 hasta la fecha de la sentencia; se condene a COLPENSIONES a recibir dicho capital y contabilizarlos válidamente dentro de su historia laboral; se ordene a COLPENSIONES que una vez efectuado el retorno le reconozca y pague la pensión de vejez una vez se acrediten los requisitos; lo ultra y extra petita, costas y agencias procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 15 de abril de 1957, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 6 de diciembre de 1994, cotizando hasta el 30 de junio de 1999 un total de 234 semanas. Sostuvo que el 1° de julio de 1999 se trasladó de régimen a la AFP PROTECCION S.A, entidad que al momento de su traslado le manifestó que el ISS se liquidaría, que podría pensionarse a la edad que quisiera con una mesada superior, sin explicarle con suficiencia, claridad y veracidad, cual debía ser el monto del capital acumulado para acceder a la pensión en esas condiciones, guardando silencio respecto de las consecuencias jurídicas de su adhesión al fondo, la posibilidad de retracto, omitiéndose entregar el reglamento del fondo. Así mismo informó que debido a la parcializada asesoría de las AFP se trasladó horizontalmente el 1° de septiembre de 2001 a la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1° de octubre de 2006 se trasladó a SKANDIA S.A., encontrándose afiliada en la actualidad en la AFP OLD MUTUAL, finalmente expresó haber agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, siendo negada, además cuenta con 1.254 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fls. 4 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que se le hubiese hecho incurrir en error a la demandante o se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, ni anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió algún tipo de inconformidad, contrario sensu informó que la afiliación de la actora se realizó conforme a derecho, de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de «Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público» e «Innominada o genérica» (Fls. 160 a 191).

A su turno, la demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello señaló que la afiliación que realizó la accionante no presenta vicio del consentimiento, al considerar que fue un acto voluntario que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995; aunado a ello, advirtió que la demandante realizó una afiliación horizontal entre administradoras del RAIS, existiendo así conocimiento previo del funcionamiento de este régimen pensional, así mismo informó que realizó la asesoría cumpliendo con los parámetros exigidos y contemplados en la ley 100 de 1993, al proporcionar una

información cierta, suficiente y oportuna a la demandante realizando esta una elección libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a que prospere la ineficacia de su vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «genérica». (Fls. 224 a 242).

Finalmente **PROTECCION S.A,** rindió informe sobre los hechos de la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que el formulario de vinculación que suscribió la demandante lo realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación a través de la firma del formulario como señal de aceptación, acto que tiene la naturaleza de verdadero, exteriorizando su voluntad libre de presión y engaños, así mismo mencionó que se ilustró a la actora de manera suficiente para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando así cualquier evento que pueda viciar su consentimiento, tal y como reza el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, constituyéndose en manifestación inequívoca en su traslado de fondo pensional, por lo anterior subrayó no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación y causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos», «inexistencia de la obligación para devolver cuotas de administración por falta de causa para pedir», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro pensional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación» e «innominada o genérica» (Fls. 310 a 328 - 358 a 381).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de junio del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de la demandante con la AFP PROTECCION S.A. el 1° de agosto de 1999 y, en consecuencia, la posterior afiliación a la AFP SKANDIA el 15 de agosto de 2006; ordenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD; ordenó a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial de la actora al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y condenó en costas a los fondos demandados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró el juzgador que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación, hasta las condiciones del disfrute pensional, para permitirle escoger las mejores opciones del mercado al afiliado, así las AFP tienen la obligación de garantizar

una información suficiente y trasparente, para que el afiliado elija lo que más se acomode a sus intereses, pues consiste en el deber de información mediante la ilustración al trabajador de las condiciones, acceso y riesgo de cada uno de los regímenes pensiónales, de igual forma el deber del buen consejo y el derecho del trabajador de obtener la asesoría de ambos regímenes pensionales, obligación que surge con la creación de los mismos fondos privados, circunstancias que no se probaron el caso en concreto, pues era obligación de AFP demostrar que sí suministró la información a la demandante, ya que esta tiene la carga de la prueba, sin que ello se encuentre satisfecho con la firma de formulario de afiliación; de modo que no se probó en el expediente la información proporcionada al trabajador afiliado al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** la apeló solicitando se revoque en su totalidad, argumentando que si bien es cierto existe un precedente judicial, este no se puede aplicar taxativamente a cada caso, toda vez que se deben tener en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto, en este orden informó que la demandante no cumplió con los requisitos a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, ni existió vicio de consentimiento por omisión de información, al considerar que la demandante realizó dos traslados entre las AFP del RAIS siendo subsanada la falta de información con la segunda afiliación en el año 2006, al proporcionársele información completa. Aunado a ello, subrayó no se tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, pues al realizar el traslado de lo ahorrado, este no será suficiente para financiar dicha pensión, por lo cual el PRMPD se encontraría en una descapitalización.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes en el proceso, guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de

lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 15 de abril de 1957, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 15 de abril de 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 25 de octubre de 2018 (Fl. 89 a 91), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado el requisito de la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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, no contaba con cotización alguna, toda vez que,

[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 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".

apenas se vinculó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones -SGSSP, en el ISS, desde el 06 de diciembre de 1994 (fls. 36, 83 a 86), 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1° de agosto de 1999 (Fl. 390), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fl. 390), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. esto 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 1° de agosto 1999 (Fl. 390), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas

sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

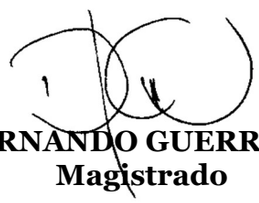
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

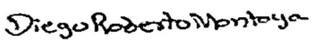
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NEYSEE DE JESUS ÁLVAREZ MORENO contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-007-2019-00129-00

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de junio del 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **NEYSEE DE JESUS ÁLVAREZ MORENO** pretende se declare la anulación de su *afiliación-adhesión* efectuada por las AFP PROTECCIÓN y SANTANDER -SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A.- a partir del 1° de julio de 1999, por no existir un consentimiento informado; se declare que COLPENSIONES deberá reconocer su pensión de vejez una vez acredite los requisitos de la edad y semanas cotizadas; como consecuencia de lo anterior solicita, se condené a la AFP OLD MUTUAL S.A. trasladar el capital y los rendimientos financieros acumulados al RPM desde el 12 de diciembre de 1994 hasta la fecha de la sentencia; se condene a COLPENSIONES a recibir dicho capital y contabilizarlos válidamente dentro de su historia laboral; se ordene a COLPENSIONES que una vez efectuado el retorno le reconozca y pague la pensión de vejez una vez se acrediten los requisitos; lo ultra y extra petita, costas y agencias procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 15 de abril de 1957, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 6 de diciembre de 1994, cotizando hasta el 30 de junio de 1999 un total de 234 semanas. Sostuvo que el 1° de julio de 1999 se trasladó de régimen a la AFP PROTECCION S.A, entidad que al momento de su traslado le manifestó que el ISS se liquidaría, que podría pensionarse a la edad que quisiera con una mesada superior, sin explicarle con suficiencia, claridad y veracidad, cual debía ser el monto del capital acumulado para acceder a la pensión en esas condiciones, guardando silencio respecto de las consecuencias jurídicas de su adhesión al fondo, la posibilidad de retracto, omitiéndose entregar el reglamento del fondo. Así mismo informó que debido a la parcializada asesoría de las AFP se trasladó horizontalmente el 1° de septiembre de 2001 a la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1° de octubre de 2006 se trasladó a SKANDIA S.A., encontrándose afiliada en la actualidad en la AFP OLD MUTUAL, finalmente expresó haber agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, siendo negada, además cuenta con 1.254 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fls. 4 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que se le hubiese hecho incurrir en error a la demandante o se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, ni anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió algún tipo de inconformidad, contrario sensu informó que la afiliación de la actora se realizó conforme a derecho, de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de «Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público» e «Innominada o genérica» (Fls. 160 a 191).

A su turno, la demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello señaló que la afiliación que realizó la accionante no presenta vicio del consentimiento, al considerar que fue un acto voluntario que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995; aunado a ello, advirtió que la demandante realizó una afiliación horizontal entre administradoras del RAIS, existiendo así conocimiento previo del funcionamiento de este régimen pensional, así mismo informó que realizó la asesoría cumpliendo con los parámetros exigidos y contemplados en la ley 100 de 1993, al proporcionar una

información cierta, suficiente y oportuna a la demandante realizando esta una elección libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a que prospere la ineficacia de su vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «genérica». (Fls. 224 a 242).

Finalmente **PROTECCION S.A,** rindió informe sobre los hechos de la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que el formulario de vinculación que suscribió la demandante lo realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación a través de la firma del formulario como señal de aceptación, acto que tiene la naturaleza de verdadero, exteriorizando su voluntad libre de presión y engaños, así mismo mencionó que se ilustró a la actora de manera suficiente para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando así cualquier evento que pueda viciar su consentimiento, tal y como reza el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, constituyéndose en manifestación inequívoca en su traslado de fondo pensional, por lo anterior subrayó no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación y causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos», «inexistencia de la obligación para devolver cuotas de administración por falta de causa para pedir», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro pensional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación» e «innominada o genérica» (Fls. 310 a 328 - 358 a 381).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de junio del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de la demandante con la AFP PROTECCION S.A. el 1° de agosto de 1999 y, en consecuencia, la posterior afiliación a la AFP SKANDIA el 15 de agosto de 2006; ordenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD; ordenó a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial de la actora al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y condenó en costas a los fondos demandados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró el juzgador que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación, hasta las condiciones del disfrute pensional, para permitirle escoger las mejores opciones del mercado al afiliado, así las AFP tienen la obligación de garantizar

una información suficiente y trasparente, para que el afiliado elija lo que más se acomode a sus intereses, pues consiste en el deber de información mediante la ilustración al trabajador de las condiciones, acceso y riesgo de cada uno de los regímenes pensiónales, de igual forma el deber del buen consejo y el derecho del trabajador de obtener la asesoría de ambos regímenes pensionales, obligación que surge con la creación de los mismos fondos privados, circunstancias que no se probaron el caso en concreto, pues era obligación de AFP demostrar que sí suministró la información a la demandante, ya que esta tiene la carga de la prueba, sin que ello se encuentre satisfecho con la firma de formulario de afiliación; de modo que no se probó en el expediente la información proporcionada al trabajador afiliado al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** la apeló solicitando se revoque en su totalidad, argumentando que si bien es cierto existe un precedente judicial, este no se puede aplicar taxativamente a cada caso, toda vez que se deben tener en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto, en este orden informó que la demandante no cumplió con los requisitos a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, ni existió vicio de consentimiento por omisión de información, al considerar que la demandante realizó dos traslados entre las AFP del RAIS siendo subsanada la falta de información con la segunda afiliación en el año 2006, al proporcionársele información completa. Aunado a ello, subrayó no se tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, pues al realizar el traslado de lo ahorrado, este no será suficiente para financiar dicha pensión, por lo cual el PRMPD se encontraría en una descapitalización.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes en el proceso, guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de

lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 15 de abril de 1957, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 15 de abril de 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 25 de octubre de 2018 (Fl. 89 a 91), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado el requisito de la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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, no contaba con cotización alguna, toda vez que,

[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 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".

apenas se vinculó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones -SGSSP, en el ISS, desde el 06 de diciembre de 1994 (fls. 36, 83 a 86), 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1° de agosto de 1999 (Fl. 390), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fl. 390), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. esto 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 1° de agosto 1999 (Fl. 390), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas

sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

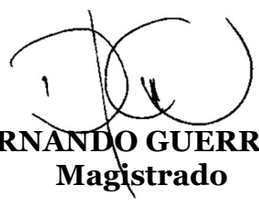
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

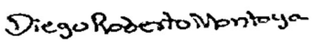
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NEYSEE DE JESUS ÁLVAREZ MORENO contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-007-2019-00129-00

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de junio del 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **NEYSEE DE JESUS ÁLVAREZ MORENO** pretende se declare la anulación de su *afiliación-adhesión* efectuada por las AFP PROTECCIÓN y SANTANDER -SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A.- a partir del 1° de julio de 1999, por no existir un consentimiento informado; se declare que COLPENSIONES deberá reconocer su pensión de vejez una vez acredite los requisitos de la edad y semanas cotizadas; como consecuencia de lo anterior solicita, se condené a la AFP OLD MUTUAL S.A. trasladar el capital y los rendimientos financieros acumulados al RPM desde el 12 de diciembre de 1994 hasta la fecha de la sentencia; se condene a COLPENSIONES a recibir dicho capital y contabilizarlos válidamente dentro de su historia laboral; se ordene a COLPENSIONES que una vez efectuado el retorno le reconozca y pague la pensión de vejez una vez se acrediten los requisitos; lo ultra y extra petita, costas y agencias procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 15 de abril de 1957, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 6 de diciembre de 1994, cotizando hasta el 30 de junio de 1999 un total de 234 semanas. Sostuvo que el 1° de julio de 1999 se trasladó de régimen a la AFP PROTECCION S.A, entidad que al momento de su traslado le manifestó que el ISS se liquidaría, que podría pensionarse a la edad que quisiera con una mesada superior, sin explicarle con suficiencia, claridad y veracidad, cual debía ser el monto del capital acumulado para acceder a la pensión en esas condiciones, guardando silencio respecto de las consecuencias jurídicas de su adhesión al fondo, la posibilidad de retracto, omitiéndose entregar el reglamento del fondo. Así mismo informó que debido a la parcializada asesoría de las AFP se trasladó horizontalmente el 1° de septiembre de 2001 a la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1° de octubre de 2006 se trasladó a SKANDIA S.A., encontrándose afiliada en la actualidad en la AFP OLD MUTUAL, finalmente expresó haber agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, siendo negada, además cuenta con 1.254 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fls. 4 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que se le hubiese hecho incurrir en error a la demandante o se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, ni anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió algún tipo de inconformidad, contrario sensu informó que la afiliación de la actora se realizó conforme a derecho, de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de «Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público» e «Innominada o genérica» (Fls. 160 a 191).

A su turno, la demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello señaló que la afiliación que realizó la accionante no presenta vicio del consentimiento, al considerar que fue un acto voluntario que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995; aunado a ello, advirtió que la demandante realizó una afiliación horizontal entre administradoras del RAIS, existiendo así conocimiento previo del funcionamiento de este régimen pensional, así mismo informó que realizó la asesoría cumpliendo con los parámetros exigidos y contemplados en la ley 100 de 1993, al proporcionar una

información cierta, suficiente y oportuna a la demandante realizando esta una elección libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a que prospere la ineficacia de su vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «genérica». (Fls. 224 a 242).

Finalmente **PROTECCION S.A,** rindió informe sobre los hechos de la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que el formulario de vinculación que suscribió la demandante lo realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación a través de la firma del formulario como señal de aceptación, acto que tiene la naturaleza de verdadero, exteriorizando su voluntad libre de presión y engaños, así mismo mencionó que se ilustró a la actora de manera suficiente para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando así cualquier evento que pueda viciar su consentimiento, tal y como reza el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, constituyéndose en manifestación inequívoca en su traslado de fondo pensional, por lo anterior subrayó no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación y causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos», «inexistencia de la obligación para devolver cuotas de administración por falta de causa para pedir», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro pensional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación» e «innominada o genérica» (Fls. 310 a 328 - 358 a 381).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de junio del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de la demandante con la AFP PROTECCION S.A. el 1° de agosto de 1999 y, en consecuencia, la posterior afiliación a la AFP SKANDIA el 15 de agosto de 2006; ordenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD; ordenó a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial de la actora al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y condenó en costas a los fondos demandados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró el juzgador que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación, hasta las condiciones del disfrute pensional, para permitirle escoger las mejores opciones del mercado al afiliado, así las AFP tienen la obligación de garantizar

una información suficiente y trasparente, para que el afiliado elija lo que más se acomode a sus intereses, pues consiste en el deber de información mediante la ilustración al trabajador de las condiciones, acceso y riesgo de cada uno de los regímenes pensiónales, de igual forma el deber del buen consejo y el derecho del trabajador de obtener la asesoría de ambos regímenes pensionales, obligación que surge con la creación de los mismos fondos privados, circunstancias que no se probaron el caso en concreto, pues era obligación de AFP demostrar que sí suministró la información a la demandante, ya que esta tiene la carga de la prueba, sin que ello se encuentre satisfecho con la firma de formulario de afiliación; de modo que no se probó en el expediente la información proporcionada al trabajador afiliado al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** la apeló solicitando se revoque en su totalidad, argumentando que si bien es cierto existe un precedente judicial, este no se puede aplicar taxativamente a cada caso, toda vez que se deben tener en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto, en este orden informó que la demandante no cumplió con los requisitos a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, ni existió vicio de consentimiento por omisión de información, al considerar que la demandante realizó dos traslados entre las AFP del RAIS siendo subsanada la falta de información con la segunda afiliación en el año 2006, al proporcionársele información completa. Aunado a ello, subrayó no se tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, pues al realizar el traslado de lo ahorrado, este no será suficiente para financiar dicha pensión, por lo cual el PRMPD se encontraría en una descapitalización.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes en el proceso, guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de

lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 15 de abril de 1957, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 15 de abril de 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 25 de octubre de 2018 (Fl. 89 a 91), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado el requisito de la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a 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, no contaba con cotización alguna, toda vez que,

[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 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".

apenas se vinculó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones -SGSSP, en el ISS, desde el 06 de diciembre de 1994 (fls. 36, 83 a 86), 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, pretende la parte 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 RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1° de agosto de 1999 (Fl. 390), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, 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 dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fl. 390), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. esto 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 1° de agosto 1999 (Fl. 390), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas

sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o 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 pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

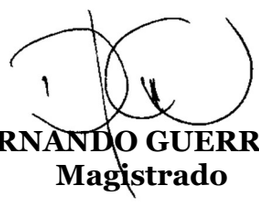
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

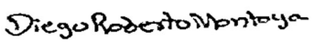
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado PILAR ARRAZOLA GARCÍA contra COLPENSIONES y AFP OLD MUTUAL. Rad 110013105-013-2019-00507-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada, OLD MUTUAL, contra la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **PILAR ARRAZOLA GARCÍA**, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 21 de junio de 2001 a la Sociedad Administradora de Fondo Pensiones - AFP SKANDIA S.A., al no haberle proporcionado en la etapa precontractual información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial de su situación personal; en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haberse trasladado del RPMPD a la AFP privada OLD MUTUAL S.A. el 26 de junio de 2001, régimen donde se encuentra actualmente afiliada, no obstante, sostuvo que el asesor comercial de dicha AFP no le brindó información clara completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Sistema del RPMPD, como en el del Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional. Indicó que nació el 24 de septiembre de 1960 y cumplió 57 años de edad el día 24 de septiembre de 2017 y que es la AFP SKANDIA, hoy Old Mutual, quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Manifestó que la AFP le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida cotizando el 100% del tiempo, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, para cuando cumpla los 64 años de edad, esto es, para el año 2024, arrojando como resultado que el valor de su mesada pensional mensual equivaldría a la suma de $1.913178. De igual modo, le realizó una simulación pensional, pero sin volver a cotizar, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, para cuando cumpliera sus 64 años de edad, el cual dio como resultado que el valor de su mesada pensional equivaldría a la suma de $1.873.250. Por otro lado, menciona que realizando la simulación pensional de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones conforme lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años, aplicando una taza de reemplazo equivalente al 61.43%, la proyección sería que, a sus 64 años de edad, obtendría una mesada pensional mensual que equivaldría a la suma de $4.945.146,29. De este modo, comparando las simulaciones pensionales en los dos (02) regímenes, su mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPMPD administrado por Colpensiones; que sumadas las semanas cotizadas y proyectadas en el Sistema General de Pensiones desde el 01 de marzo de 1997 hasta el 30 de agosto de 2024, arroja un total de 1.303 semanas. Finalmente refiere que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 25 de abril de 2019, solicitando la nulidad del traslado efectuado a la AFP Old Mutual, obteniendo respuesta negativa (Fls. 3 a 9).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas, arguyendo para tal efecto que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por ello carece de legitimación para pronunciarse sobre la solicitud de nulidad, aunado al hecho de no haber tenido injerencia alguna en el acto de afiliación efectuado por la actora a Old Mutual. Adicionalmente, puso de presente que dio estricta aplicación a lo previsto en la Ley 797 de 2003, art. 2°, en relación a que la afiliada no puede trasladarse de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse. Presentó como excepciones de fondo, las de

«Prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 40 a 43).

Mediante auto del 07 de noviembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **OLD MUTUAL S.A.** (Fl. 86).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP Old Mutual S.A. el día 26 de junio de 2001; como consecuencia de ello, ordenó el traslado de todos los aportes a pensiones obligatorias, bonos y aportes realizados por la demandante y sus respectivos rendimientos, sin efectuar descuento alguno con ocasión del traslado o por gastos de administración a COLPENSIONES, quien debe recibirlos efectuando los ajustes en la historia laboral de la actora, teniéndose como única afiliación válida al sistema general de pensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la AFP OLD MUTUAL no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración, destacando que el formulario de afiliación aportado solamente prueba el traslado de régimen propiamente dicho y no la asesoría brindada para el mismo, por lo que aplicando el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, debía declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de OLD MUTUAL, apeló la decisión en torno a la condena de por devolución de gastos de administración, pues a su juicio, los rendimientos obtenidos en el RAIS son superiores a los rendimientos que pudo obtener en el RPM, indicando además que estos se dieron por virtud de la Ley, no por capricho de la AFP, además no solo fue beneficiaria de ellos sino que estos una contraprestación del rendimiento, además fueron utilizados para el mantenimiento propio de la cuenta de ahorro individual, así como para pagar la póliza de riesgos de IVM de la cual la actora fue beneficiaria durante toda el tiempo que estuvo afiliada; por lo tanto, al estar obligada a pagarlos representa un detrimento al patrimonio de la AFP, y entrando a un enriquecimiento sin justa causa de la demandante, incluso, afectaría a Colpensiones la decisión al aceptar a una persona que nunca aportó a al RPMPD, aunado al hecho que no se le está afectando su derecho pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES solicitando que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

[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

A folio 10 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 24 de septiembre de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 24 de septiembre de 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES en el mes de abril de 2019 (Fls. 13 y 14), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho pensional 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 ni siquiera estaba afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES, pues sólo se vino a afiliar a partir del 01 de marzo de 1997 (fls. 15 a 20 y 88 a 90), 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, pretende la parte 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 26 de junio de 2.000 (Fl. 11), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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.

---

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".

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 de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 11), plasmado en el formulario de afiliación a SKANDIA, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal

como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada OLD MUTUAL, antes SKANDIA.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada SKANDIA en su momento, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de junio de 2.000, fl. 11), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

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.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

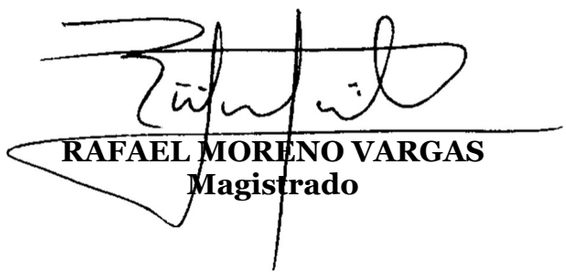
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

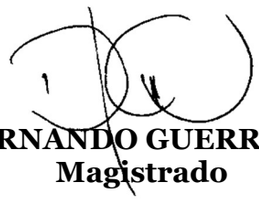
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

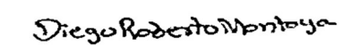
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAIRO ROBERTO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES. Rad. 110013105-004-2018-00690-01.

Con la finalidad de resolver los recursos formulados, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida 13 de julio de 2020 por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JAIRO ROBERTO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin que se condené a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, desde el 14 de marzo de 2012, y se tenga en cuenta el tiempo de servicio laborado en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A., hoy en liquidación, incluyendo los periodos entre el 29 de marzo de 1978 y 15 de enero de 1992, del mismo modo se condené al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de jubilación por aportes, con los reajustes de ley y las mesadas adicionales debidamente indexadas, hasta cuando se produzca el pago, así como los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, de igual forma se condene en costas a COLPENSIONES, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 14 de marzo de 1952, laboró con el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL desde el día 24 de octubre de 1971 hasta el 30 de octubre de 1973; que laboró para varias empresas particulares y privadas desde el 21 de octubre de 1968 ininterrumpidamente hasta agosto del año 2000. Agregó que desde el 29 de marzo de 1978 hasta el 15 de enero

de 1992 laboró en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A., del cual se deben descontar 40 días por licencia sin remuneración, explicó que fue este empleador quien lo afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 8 de noviembre de 1990 y que para el 14 de marzo de 2012 adquirió status jurídico para pensión por edad y tiempo de servicio. Señaló que el día 22 de diciembre del año 2015, mediante apoderado judicial solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución GNR 93249 del 01 de abril de 2016 COLPENSIONES, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de tiempo de servicios, decisión frente a la cual interpuso los recursos legales, siendo confirmada la negativa inicial mediante Resolución VPB 21511 del 13 de mayo de 2016 y ratificada el 1° de abril de 2016 mediante resolución GNR 93249 (Fls. 02 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, toda vez que el demandante no cumple con los requisitos exigidos para la pensión solicitada, agregó que COLPENSIONES actuó conforme a la ley, por tanto, no hay mora en el pago de las mesadas pensionales como tampoco hay lugar a intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo, las de «Inexistencia de causa para demandar», «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de intereses moratorias e indexación», «Compensación» e «Innominada o genérica» (Fls. 70 a 76).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de julio de 2020, condenó a COLPENSIONES a pagar al demandante la pensión de jubilación por aportes, en trece mesadas al año a partir del 26 de septiembre del año 2015 en cuantía equivalente a $660.930, así como al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 22 de abril del año 2016 hasta que se efectúe el pago. Absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión, y con el ánimo de establecer si el demandante tenía derecho o no a que se le reconozca el tiempo laborado en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A desde el 29 de marzo de 1978 al 15 de enero de 1992, y si este era beneficiario del régimen de transición, recordó que la obligación en el pago de las pensiones de jubilación se encontraba a cargo de los empleadores, toda vez que no se había creado el ISS si no hasta la Ley 90 de 1946 en la que se estableció el seguro obligatorio y se creó el entonces ISS, no obstante, la carga

pensional continuaba a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontraba funcionando el ISS, debido a su implementación de forma gradual, de manera que con la Ley 100 de 1993 la afiliación obligatoria se efectivizó en todo el territorio nacional, agregó que en dicha ley, en su artículo 33 se estableció que los trabajadores que prestaran sus servicios a un empleador y que no hubieran sido afiliados al régimen pensional, a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que el empleador debería asumir el titulo pensional correspondiente, por lo anterior, señaló era obligación de los empleadores realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador, asumiendo en caso dado, el valor del título correspondiente. En ese sentido, señaló que sólo hasta el 15 de agosto de 1990 la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. hizo aportes al sistema de seguridad social, fecha en la que el ISS asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores de la compañía, considerando así, que el tiempo laborado por el actor en la FLOTA MERCANTE debe ser tenido en cuenta para la pensión de vejez, de conformidad con el literal C , del artículo 33 de la ley 100 de 1993, con lo cual concluyó que COLPENSIONES se encontraba forzado a tener en cuenta los períodos y la suma de cotizaciones a efectos del estudio del reconocimiento pensional y al mismo tiempo realizar el cobro del cálculo actuarial. Precisó en ese sentido, que se debía tener en cuenta el salario pactado entre el demandante y la FLOTA MERCANTE que ascendió a 72.27 dólares, siendo necesaria la conversión en pesos para el año 1978 y para los años restantes correspondía tomar el salario mínimo teniendo en cuenta que la suma sería muy inferior a este. Decantado lo anterior, señaló que el actor era beneficiario del régimen de transición, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además había cotizado 1.319.71 semanas, por lo que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 7° de la Ley 71 de 1978; precisando frente a la causación y el disfrute, que el demandante causó del derecho el 14 de marzo de 2012, fecha en la que cumplió la edad. Frente a las excepción de prescripción la encontró probada parcialmente, teniendo en cuenta que la pensión se causó a partir del 14 de marzo del año 2012, la reclamación administrativa se realizó el 22 de diciembre del año 2015 y la demanda se presentó el 26 de septiembre del año 2018, configurándose el fenómeno de la prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de septiembre del año 2015, indicando, frente al retroactivo pensional la demandada deberá descontar lo correspondiente al sistema general de salud. Con relación a los intereses moratorios, precisó si había lugar al reconocimiento de estos, ya que los pensionados bajo el régimen de transición que se han visto afectados por el retardo en el pago de sus mesadas pensionales, tiene derecho a los mismos, en este caso, a partir del 22

de abril del año 2016, y que como consecuencia del reconocimiento de los intereses moratorios no era posible reconocer la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte accionante, presentó recurso de apelación contra la sentencia, considerando que si bien es cierto se accedió a las pretensiones de la demanda, considera que el demandante fue afiliado con base en el Acuerdo 049 de 1990, además que laboró desde el 21 de octubre del año 1968, razón por la cual, no comparte con el despacho que se le reconozca la pensión con fundamento en la Ley 71 de 1978 como quiera que está amparado por el régimen de transición, y completa más de 1.216 semanas cotizadas, por tanto, como se le pueden aplicar varias normas, se debe aplicar la más favorable. En igual forma con respecto a la fijación del valor de la pensión, toda vez que la liquidación de la prestación económica es superior al salario mínimo de esa época, el cual debe traerse a valor presente. Frente a la excepción de prescripción, señaló que la reclamación se efectuó el 22 se septiembre del año 2015, interrumpiendo la prescripción en dicha fecha y la demanda fue presentada el 26 de septiembre de 2018, por lo que la retroactividad se debe reconocer desde el 22 de diciembre de 2012, así como el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Por su parte, la apodera judicial de COLPENSIONES presentó recurso de apelación solicitando se revoque la decisión, teniendo en cuenta especialmente que si bien el Juzgado consideró que las semanas de la FLOTA MERCANTE deben ser computadas para proceder a reconocer la pensión por aportes, en este caso en concreto se debe tener en cuenta el parágrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, que establece la procedencia del cómputo siempre y cuando el empleador traslade el cálculo actuarial a satisfacción de la AFP; sin embargo, COLPENSIONES aún no recibe esos dineros de la FLOTA MERCANTE, siendo esta la razón por la cual no se ha podido realizar el reconocimiento, por tanto no procede el reconocimiento pensional, tampoco es procedente la condena de los intereses moratorios toda vez que el reconocimiento depende de otra entidad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los señalados en las alzadas.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar en primer lugar, si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación por aportes, consagrada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1998 en los términos otorgados por la Juez A quo, o en su defecto, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, como lo solicita la parte recurrente por activa. De ser afirmativo lo anterior, verificar el monto de la pensión, así como si hay lugar al pago de intereses moratorios y estudiar la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra como hechos probados y fuera de discusión, que el demandante nació el 14 de marzo de 1952, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y Registro Civil de nacimiento (folio 9); que el 22 de diciembre de 2015 solicitó ante el ISS, hoy COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada por medio de Resoluciones GNR 93249 del 01 de abril de 2016 y VPB 21511 del 13 de mayo de 2016 (Fls. 12 a 28), bajo el argumento de que, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición, por la edad, no lo conservó a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, pues no tenía cumplidas las 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios allí requeridos; además, el actor no cumplía con ninguna de las normativas aplicables en materia de pensión, esto es, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 758 de 1990, de igual modo tampoco acreditaba los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, debe señalarse igualmente que en dichos actos administrativos y en la historia laboral del demandante, únicamente se tienen en cuenta para efectos pensionales un total de 669 semanas hasta el 01 de agosto de 2.000, más el tiempo de servicios prestados a la ARMADA NACIONAL entre el 24 de octubre de 1971 y el 30 de octubre de 1973, equivalentes a 103,86, para un total de 772,86, lo cual en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, parágrafo transitorio 4, permite establecer que el actor conservó el régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010, hasta el 31 de diciembre de 2014, toda vez que dichas semanas se acreditan antes el 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia la reforma constitucional.

Como ya se indicó, el actor cumplió la edad de 60 años el 14 de marzo de 2012, por lo que tiene derecho a que la definición de su situación pensional se estudie con fundamento o bajo la egida del régimen pensional que le resulte más favorable en el evento de que sea beneficiario de dos o más regímenes pensionales anteriores.

Definido lo anterior, se desprende inicialmente que el demandante no acreditó el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes contenida en la Ley 71 de 1988, pues si bien cumple con el requisito de la edad, la exigencia de las 1.029 semanas de cotización no se cumple entre el tiempo de servicio prestado tanto al sector público como al privado (equivalente 20 años de servicios). De igual modo se considera que tampoco le asiste el derecho a obtener la pensión de vejez, conforme a los requisitos contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues entre el 14 de marzo de 2012 y el 14 de marzo de 1992, no cuenta con 500 semanas de cotización y como puede verse, no suma 1.000 semanas en cualquier tiempo. Evidentemente, tampoco cumple los requisitos para alzarse con la pensión de vejez estipulada en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, por cuanto para el año 2012, cuando cumplió 60 años de edad se requerían 1.225 semanas, las cuales, conforme a lo visto no acredita el actor, y así las cosas, todo ello sería suficiente para revocar la decisión de primer grado.

No obstante lo anterior, se evidencia que la A quo para conceder la prestación en primera instancia, contabilizó aquellos periodos en los que el actor laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIA entre el 29 de marzo de 1978 y el 07 de noviembre de 1990, los cuales no fueron cotizados por no existir la obligación de afiliación, pues esta se produjo a partir del 08 de noviembre de 1990 según se extrae de los actos administrativos previamente mencionados.

En ese sentido, para determinar la viabilidad de contabilizar o no ese tiempo y de ese modo que COLPENSIONES asuma la carga pensional que le fue impuesta, se deben realizar algunas precisiones en torno a las consecuencias de la no afiliación, dado que, no se puede imputar negligencia en el cobro de los aportes por parte del ente asegurador. En estos casos, la jurisprudencia reciente de la CSJ SL, ha sido reiterativa en que, al no haberse presentado la afiliación por parte de un empleador, ello apareja la obligatoriedad de que este último pague con destino a la entidad administradora a la que se encuentra afiliado el trabajador o aquella que él escoja, el respectivo título pensional o cálculo actuarial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, liquidado en la forma reglamentada por el Decreto 1887 de 1994. En ese orden, debe recordarse, que ha sido cuidadoso el Alto Tribunal en precisar que esta situación «***dista del tratamiento que se da frente al caso de la «mora»*** en el pago de aportes, pues su único efecto común es que efectivamente con arreglo a previsto en los literales c) y d) del parágrafo 1) del artículo 33 de la 100 de 1993, en todo caso se debe endilgar a la entidad administradora el reconocimiento y pago de la pensión, aun tratándose de prestaciones derivadas de la aplicación del régimen de transición, pues con

excepción de lo dispuesto por el tiempo, edad y monto que se gobierna por el régimen anterior, en todo lo demás la causación, el reconocimiento y demás condiciones y requisitos del derecho se rigen por la Ley 100 de 1993, esto, incluida la posibilidad de «*recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador*» (CSJ SL051-2018. Sobre este particular pueden consultarse, entre otras muchas, las sentencias CSJ SL14388-2015, SL5312-2019 y SL3070-2020 del 19 de agosto de 2020.

Ahora bien, en la sentencia CSJ SL4388-2015, se ha precisado que insoslayablemente el reconocimiento pensional deviene por efecto del pago del cálculo actuarial, o en sede judicial, de la declaratoria que haga el Juez Laboral del contrato de trabajo y consecuente orden impartida al empleador omiso del pago del título pensional, pues sólo así surge diáfana la obligación del empleador del traslado del cálculo actuarial, es decir, que en este escenario judicial no puede el Juez mantener en cabeza de la entidad la obligación de reconocer la prestación con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos se condicione a la orden al empleador de asumir los efectos económicos y actuariales del tiempo servido a través del título pensional, dicho de otra manera, razonó la citada Colegiatura, en el pronunciamiento en cita que: «*la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado,* ***pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial*** *a la respectiva entidad de seguridad social,* ***que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes****»,* y en esa misma dirección, acentúa la necesidad de que se haga la declaratoria del contrato y se imparta una orden expresa al empleador al indicar que «*en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que* ***la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional****»*.

Así es, además, porque los aportes al sistema de seguridad social integral no tiene como finalidad enriquecer el patrimonio de sus afiliados sino el de cubrir las contingencias de vejez, muerte o invalidez, y en esa medida, la responsabilidad del empleador omisivo por la no afiliación o afiliación tardía se ciñe eventualmente a cubrir la contingencia que el sistema habría amparado de haberse efectuado la afiliación, o como lo adoctrinado la Alta Corporación para las prestaciones derivadas

del riesgo de vejez, el traslado del respectivo cálculo actuarial a fin de que ese tiempo se tenga como cotizado y se proceda al reconocimiento de las prestaciones económicas que de ello se deriven, empero, como bien recordó la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL2943 tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020), para ello resulta imprescindible que el empleador *«sea condenado en ese sentido,* ***lo que demanda su presencia en el proceso judicial respectivo****»*, trayéndose a colación lo adoctrinado previamente en la sentencia CSJ SL4021-2019, donde se estudió un caso de similares contornos al que nos ocupa:

> *«[…] se debe tener en cuenta que el colegiado fundó su decisión en la insuficiencia de las semanas cotizadas para beneficiarse del régimen de transición y, por ende, para acceder al derecho a la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, pues al efecto no se podían tener en cuenta los periodos cotizados entre enero a junio de 2005 por la empleadora Olga Portillo Obando dado que fueron pagados extemporáneamente, el 17 de diciembre de 2014; y porque la demandada no tenía la obligación de adelantar acciones de cobro toda vez que «en el plenario no se acreditó la novedad de ingreso de la actora al sistema de seguridad social en pensiones dentro del régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES en el periodo que genera la inconsistencia: enero a junio de 2005, lo cual sitúa a la entidad llamada a juicio y antes al extinto ISS en la imposibilidad de cobrar a la empleadora Olga Portillo Obando los aportes que la demandante denomina en "mora"».*
>
> *[…] la decisión del colegiado no se aleja de la jurisprudencia de esta Sala de Casación que ha resaltado las diferencias entre «mora» en el pago de aportes y «falta de afiliación», expresión esta última que se puede asimilar a la omisión en comunicar el ingreso del trabajador por parte del empleador. En el primer caso, se ha señalado que no es admisible que las consecuencias de la omisión del empleador en realizar el pago de las cotizaciones se trasladen al afiliado, si antes no se acredita por la administradora que adelantó las gestiones de cobro correspondientes.*
>
> *Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802 […]*
>
> *En el caso de la no afiliación, la Corte sostiene que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.*
>
> *Descendiendo al caso se tiene que tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido resulta pertinente reiterar*

lo enseñado por la Corte en sentencias CSJ, SL, 23 feb. 2010, rad. 37555 y CSJ, SL, 9 sep. 2009, rad. 35211.

En el presente asunto una vez que la administradora advirtió el pago irregular de las cotizaciones de los ciclos 2005/01 a 2005/06, indicó a la afiliada que no las tendría en cuenta hasta tanto la empleadora solicitara la devolución de los aportes y el cálculo actuarial (fl. 43) al no mediar la inscripción, de lo que se deriva que ***el incumplimiento de la obligación por parte de ésta última, legitima a la trabajadora para dirigir sus acciones en su contra para obtener el pago correspondiente, sin que entretanto se pueda exigir a la demandada su inclusión en la historia laboral, máxime si se tiene en cuenta que en este caso no se vinculó a Olga Dolores Portillo Obando como obligada a sufragar dicho pago****»* (Subrayas y negrillas de la Sala).

En este orden de ideas, el Alto Tribunal ha dejado clarificado en esos casos donde se ha demandado tanto al empleador omiso en la afiliación como a la administradora, que el primero debe pagarle a la segunda el cálculo actuarial y a ésta, que tenga en cuenta el tiempo servido, como cotizado, para la determinación de las semanas pensionales necesarias (sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL4334-2019, CSJ SL5109-2019 y CSJ SL5312-2019), concluyéndose, que no es dable «*tener en cuenta el tiempo laborado […], antes de su afiliación al ISS, en tanto que los empleadores que no lo habían inscrito a éste, no habían sido llamados al trámite judicial*» (SL2943-2020).

Así las cosas, considera la Sala que erró la Juez A quo, al considerar y tener en cuenta las semanas correspondientes al tiempo servido y que no hubo afiliación por parte del empleador FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIA, como quiera que el mismo no fue vinculado al presente litigio, para de este modo, poder imponerle la obligación de pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial por los periodos echados de menos, y a su vez poder incluirlos en aras de configurar la pensión de vejez. De ahí que, deba revocarse la decisión de primer grado en su integridad, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, y por sustracción de materia no hay lugar a revisar las apelaciones interpuestas, pues esta decisión se adopta en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia ante su no causación, las de primer grado, corren a cargo del demandante, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

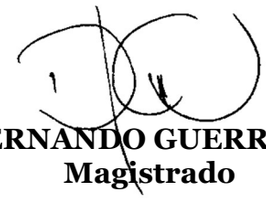
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ SANTACRUZ contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Rad. 110013105-020-2019-00667-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la decisión de primera instancia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta las siguientes decisiones

AUTO PRELIMINAR

Dentro del presente asunto, la Corporación observa que el apoderado judicial de la parte actora solicita aclaración sobre la decisión adoptada el 24 de septiembre de 2020, para que se le indique porque se difiere para la sentencia que resuelva el grado jurisdiccional de consulta, el pronunciamiento sobre el desistimiento de las pretensiones, el que no ha sido concedido por el A quo y que por el contrario, si lo fue el de apelación en el efecto suspensivo.

Al respecto, la Corporación considera que la aclaración de auto solo es procedente cuando se cumplen los supuestos de hecho establecidos en el artículo 285 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, y que en su tenor literal establece que: «*La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella*», y dado que el mismo fue presentado dentro del término de ejecutoria de la decisión del 24 de septiembre de 2020, esto fue el 29 de septiembre de 2020, se procederá a resolver en los siguientes términos:

En primer lugar, se debe indicar que en la parte motiva de la decisión del 24 de septiembre de 2020 se consideró que formalmente era procedente aceptar el desistimiento de las pretensiones de la demanda y ello lleva implícito el desistimiento del recurso de apelación, al entenderse que comprende también el formulado por la parte demandante en los términos del artículo 314 del CGP, pero respecto de las pretensiones era pertinente diferir el efecto de la aceptación hasta la sentencia que resolviera el grado jurisdiccional de consulta que independientemente de que lo hubiere concedido el A quo, es menester surtir por expreso ministerio de la ley procesal laboral (CPT y SS, artículo 69), que por ser norma especial resulta de obligatoria aplicación en los procesos laborales, so pena de incurrir en un defecto

procesal insaneable que sería el pretermitir íntegramente una instancia en virtud del grado de consulta que opera *ope legis* (CGP, artículo 133-2).

Así debe entenderse como un todo integral e integrador a la decisión cuestionada tanto el párrafo 3 como el 5, en tanto y en cuanto el desistimiento de las pretensiones de la demanda ha de diferirse hasta el momento procesal en que se resuelva el grado jurisdiccional de consulta, momento en el que se agota la competencia funcional de esta Sala de Decisión respecto del proceso que ocupa la atención de la Sala, competencia funcional que la obliga a ejercer el control oficioso de legalidad de la sentencia de primera instancia, porque podría ocurrir, eventualmente, que las pretensiones en virtud de este grado jurisdiccional de consulta prosperen y en ese contexto, mal haría esta Corporación en aceptar, a priori, un desistimiento que iría en contravía de los intereses del trabajador demandante, en cuyo favor se ha de surtir la consulta. Todo ello en los términos del artículo 69 del CPT y SS con el sentido y alcance de la sentencia C-968 de 2003.

En este escenario y una vez revisado lo decidido en el proveído que antecede no se avizora la existencia de otros conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, o que puedan influir en su parte resolutiva, razón por la cual la parte interesada deberá atenerse a lo allí consignado.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-1162 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de agosto de 2020, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El señor **JUAN JOSÉ GONZALEZ SANTACRUZ** pretende se declare que los artículos 57 y 58 de la convención colectiva celebrada entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia «SINTRAEMSDES» el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de trabajo de los vinculados a la empresa para esa data son a término indefinido. En consecuencia, se declare que su contrato de trabajo con la demandada, suscrito el 2 de enero de 2013, pactado a término fijo, en realidad es a término indefinido; como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada para que en el término de 5 días inserte a su contrato de trabajo que el termino de duración de su contrato es indefinido; se condene igualmente a

reconocerle todos y cada uno de los beneficios convencionales pactados, a que tiene derecho, causados desde la fecha de su vinculación; costas y agencias en derecho.
Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia «SINTRAEMSDES», se celebró el día 24 de noviembre de 2015 convención colectiva de trabajo, la cual fue debidamente depositada ante el Ministerio del Trabajo, advirtiendo, en el artículo 57 de la misma se pactó que, para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos de trabajo se suscribirían a término indefinido y en el inciso 2o del citado artículo se pactó que los trabajadores vinculados para el 24 de noviembre del 2015, sería a término indefinido. Señaló igualmente, que en el artículo 58 se pactó que sólo la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILADO DE BOGOTÁ ESP, podía contratar trabajadores a término fijo, en dos eventos: Cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, o para la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio; y para reemplazar personal en vacaciones o en licencia, en cuyo caso la contratación no podrá ser superior a la duración de las vacaciones o de las licencias. De otro lado, mencionó haberse vinculado a la empresa demandada mediante contrato a término fijo, con registro 36618, el 2 de enero de 2013 hasta el 1° de julio de 2013, en el cargo de tecnólogo administrativo nivel 30, siendo prorrogados sus contratos del 2 de julio al 31 de diciembre de 2013, del 1° de enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2014, del 1° de julio hasta el 31 de diciembre de 2014, del 1° de enero de 2015 hasta el 31 de mayo de 2015 y del 1° de junio hasta 30 de noviembre de 2015. Agregando, que celebró nuevamente contrato a término fijo No. 37036618, el 2 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, donde al mismo se le insertaron otros sí, del día 27 de diciembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2017, del 7 de noviembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, del 18 de diciembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019. De tal modo que prestó sus servicios de manera ininterrumpida a la demandada desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2019 desempeñando el mismo cargo y nivel por más de 6 años, obteniendo calificaciones sobresalientes sobre su desempeño laboral, aseveró que se encuentra afiliado y es beneficiario de la organización sindical SINTRAEMSDES donde se le efectúan descuentos por la misma, subrayó que por lo expuesto no está sujeto a participar en el concurso de méritos que hace alusión la convención en su capítulo VII. Finalmente señaló que agotó la vía gubernativa con escrito del 26 de julio de 2019 para obtener el reconocimiento de su contrato a término indefinido, dándose respuesta al mismo de manera negativa el 23 de agosto

de 2019, guardándose silencio respecto de la duración del contrato e inaplicabilidad de los concursos (Fls. 1 a 16).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. – EAAB E.S.P.** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, advirtiendo que lo establecido en el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo previo a adelantar proceso de selección o concurso de méritos, tal como lo dispone los artículos 42 y 52 de la misma Convención, atendiendo a los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, trasparencia, celeridad, publicidad y objetividad, explicando que el mismo no se ha podido llevar acabo por diferentes razones ajenas a su voluntad, concurso de méritos es un tema complejo que toma tiempo ejecutar, razón por la cual se acordó con el sindicato extender el cumplimiento de la contratación a término indefinido a través de la concesión de un nuevo régimen de transición desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020, permitiendo contratar a la empresa a término fijo con periodos prorrogables automáticamente hasta realizar el concurso de méritos conforme al artículo 51 de la convención, aseveró que del articulado se desprende que los trabajadores que laboraran en procesos comerciales, operativos de acueducto y gestión social, de servicios de acueducto y alcantarillado serían vinculado bajo esa modalidad. Propuso como excepciones de fondo, las de «buena fe», «prescripción» e «inexistencia del derecho» (Fls. 177 a 195).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 19 de agosto de 2020, absolvió a la demandada EAAB ESP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante por la suma de ½ SMMLV.

Para arribar a la anterior decisión, tuvo por probada la existencia de la relación laboral del demandante que se presentó desde 2 de enero de 2013, la afiliación del demandante a la organización sindical SINTRAEMSDES, así como que es beneficiario de la convención colectiva celebrada el 24 de noviembre de 2015 entre la demandada y dicho sindicato. Respecto de la aplicación de la convención colectiva de trabajo precisó que de la lectura de los artículo 38, 39 parágrafo 3°, 4° y los artículos 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, no resultaba cierto que el régimen de transición creado en la convención colectiva en su capítulo VI fuera establecido para los trabajadores con posterioridad a la firma de la convención o que debía ser

teniendo en cuenta para las vacantes futuras, ya que se creó para facilitar el ingreso de personal a la empresa mediante contrato a término fijo y a través del concurso de méritos con la participación de todos los trabajadores, siendo esa la intención acordada por las partes, cuando decidieron estructurar la planta de personal y que fue materializada más adelante en los artículos 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58. En ese orden, consideró el A quo que al demandante se le debe dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 51 de la convención de marras, por lo tanto concluye debía absolverse a la demandada de las pretensiones en su contra.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Debe anotarse que si bien el demandante apeló la decisión inicialmente, mediante memorial que fue aportado en la secretaría de esta Sala Laboral el ocho (8) de septiembre de 2020 el apoderado de la parte actora solicitó el desistimiento de la demanda de la referencia, petición que fue resuelta mediante auto proferido por esta Sala de Decisión el 24 de septiembre de 2020, aceptando el desistimiento del recurso de apelación interpuesto y ordenando **admitir el grado jurisdiccional de consulta** a favor de la parte demandante por el resultado absolutorio de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación solucionar como problema jurídico si entre el demandante y la sociedad demandada media un contrato de trabajo y bajo que modalidad, en el interés de la parte actora de que su vinculación se gobierne por una modalidad indefinida con base en la convención colectiva de trabajo..

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo, el cual se encuentra vigente y se ejecuta bajo la modalidad a término fijo, aspecto este que además de no haber sido objeto del debate en el asunto, fue reconocido por la pasiva desde la contestación de la demanda, y en todo

caso, se verifica, entre otras, de la certificación expedida el 22 de marzo de 2019 por el Director de Mejoramiento de Calidad de Vida (E) de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. (fl. 35). Así como tampoco se discute la afiliación realizada por el demandante al sindicato SINTRAEMSDES pues, aunque al plenario no se arrimó constancia alguna de esta situación, sí se aportó desprendible de nómina emitido por la demandada donde se evidencian descuentos a favor de dicha organización sindical (fl. 37), aunado a que se trató de un hecho excluido de debate por la aceptación de la encartada de dicha circunstancia (respuesta al hecho 25, folio 145).

Precisado lo anterior, se tiene que el demandante pretende se declare que su vinculación con la demandada lo es mediante un contrato de trabajo con vigencia indefinida, en virtud de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDES, el 24 de noviembre de 2015.

Lo anterior, según el artículo 57 de la aludida convención en la que se consignó que los contratos que suscriba la demandada con sus trabajadores deben ser a término indefinido, aludiéndose en el libelo inicial que resultan ineficaces las cláusulas contractuales y convencionales que pacten una modalidad de vinculación diferente o que vayan en contravía de las prerrogativas del trabajador y por ende deben ser inaplicadas.

Pues bien, para resolver es importante acudir al contenido de la disposición enunciada. Así, el artículo 57 (Capítulo VII Garantías Laborales) de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDES el 24 de noviembre de 2015 (fls. 94 y 95), en su tenor literal preceptúa:

> *«Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.*
>
> *Respecto a los **trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido**, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.*
>
> ***Parágrafo 1:** Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de*

vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

***Parágrafo 2:** La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (**Artículo 78- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)**»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 58 ibídem, dispone:

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

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

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

Lo anterior, sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)» (Negrillas y subrayas de la Sala).

De lo anterior, la intelección que se desprende de dichas disposiciones no es otra que la vinculación del personal a la empresa demandada debe hacerse, por regla general, mediante contrato de trabajo a término indefinido y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, siendo claro entonces que la convención no prohíbe la suscripción de contratos a término fijo, pudiendo la

empresa acudir a esta modalidad cuando se trata de cubrir vacantes temporales, inferencia que es razonable, pues se desprende sin dificultad de su texto.

Adicionalmente, aunque a través de tal acuerdo la empresa se compromete vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos, en el inciso siguiente también garantiza claramente, los derechos de aquellos trabajadores que ya se encontraban vinculados, estableciendo que su contrato igualmente sería a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

En el caso concreto del actor, tal como se desprende de la documental aportada, para la fecha de suscripción de la mencionada Convención Colectiva -24 de noviembre de 2015- se encontraba vinculada a la EAAB mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 2 de enero de 2013 (fls. 213 a 215) mismo que fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2015 (folios 216 a 220), que terminó por vencimiento del plazo (folio 224) en esta última fecha. Es importante precisar, la prórroga del contrato según se observa de los memorados dirigidos al actor obedeció a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa.

Posteriormente se suscribió nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año, a partir del 2 de diciembre de 2015 (folios 30 a 32 y 169 a 170) el cual se ha venido prorrogando a través de otros síes (folios 226 a 232) y es el que actualmente ata a las partes en litigio.

Conforme lo anterior, aunque a la fecha de celebración de la Convención Colectiva 2015-2019, había un contrato vigente, lo cierto es que el mismo feneció el 30 de noviembre de 2015, conclusión que guarda correspondencia con lo anotado por el propio demandante en el hecho 16 del libelo (folio 6) de donde se infiere la finalización de un vínculo y el nacimiento de otro.

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no advirtiendo dentro del petitum o la alzada que se pidiera la unidad contractual de dichos vínculos. En esa medida, inicialmente, no es posible deducir que se está ante un contrato a término indefinido, en los términos del artículo 57 de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, como pasa a explicarse.

En primer lugar, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 38 a 58 (81 a 95), disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistémica o integral, de las que se destacan las siguientes:

«(…)

CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP*: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.*

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, ***la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses*** *periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos;* ***la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años*** *a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.*

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención

colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: *Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.*

Parágrafo 2: *La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)*

(…)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PESONAL
(…)

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

(…)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: *La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES*

Subdirectiva Bogotá ***acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años****, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020,* ***para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP****. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.*

Parágrafo: ***Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo****, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (****Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)***

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: *La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores* ***contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo*** *y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos* ***en el periodo de transición****.*

PARÁGRAFO: *Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).*

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

Luego el artículo 53[1], adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas (artículos 57 y 58 CCT), en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de «*los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo»* para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 en la planta fija de la EAB mediante contratos de trabajo a término *fijo*, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020.

Así, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 «*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007»* (fls. 165 a 172) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. «*una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores* ***oficiales a término indefinido****, (…) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial»*, cuya contratación debía realizarse a través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, no obstante, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

---

[1] «***ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL****. Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así*
Primera Convocatoria: *Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria.*
(…)»

Considerando lo predicho y atendiendo las condiciones particulares de la vinculación del demandante, es claro que la misma se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la CCT, si se tiene en cuenta que fue en la convención donde se determinó que la planta transitoria, a la cual estaba vinculado, vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato inicial. Ahora, aunque el promotor del juicio fue contratado nuevamente el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, el cual se encuentra vigente, para desempeñar el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 30 de la Gerencia Corporativa Servicio al Cliente (folios 28 a 30) -que resulta ser la misma del contrato anterior -, lo cierto es que esta vinculación bajo la mentada modalidad estaba autorizada por el acuerdo colectivo por ser su cargo perteneciente a la anterior planta provisional y creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015, cargo que resulta ser propio de «*la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social»,* a las que se refiere el denominado régimen de transición y en virtud del cual, se itera, se permite «*transitoriamente»* la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido, como de hecho así lo hizo el demandante, según se informó con el desistimiento al recurso de apelación inicialmente mencionado, accediendo al cargo bajo la modalidad contractual acá solicitada.

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ACEPTAR el desistimiento de las pretensiones de la demanda, conforme a lo motivado en esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

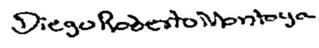
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE HEBERTO SANCHEZ BERMEO contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Rad. 110013105-032-2019-00655-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia proferida 6 de agosto de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JOSE HEBERTO SANCHEZ BERMEO** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declaré que el accionante causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de conformidad con la convención colectiva del trabajo (1998-1999) suscrita por el empleador CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CAJA DE CRÉDITO AGRARIO Y MINERO; en consecuencia, se condene a UGPP a reconocerle y pagar la pensión de jubilación vitalicia con 14 mesadas, por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, por consiguiente, se ordené a UGPP pagar las mesadas adeudadas desde la fecha de exigibilidad debidamente indexadas, así como las costas del proceso y lo resultante de las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 5 de octubre de 1951, prestó sus servicios a la CAJA AGRARIA por 24 años y 62 días, hasta la fecha de retiro, el 27 de junio de 1999, por ser beneficiario de la convención colectiva de trabajadores 1998-1999, mediante la Resolución 05972 del 6 de marzo de 2008 la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN le reconoció la pensión de jubilación convencional, la cual mediante la Resolución 907

de 17 de abril de 2009, indexó la primera mesada pensional a la suma de $1.403.003.53 a partir del 5 de octubre de 2006, pero no se le reconoció la mesada 14, razón por la cual requirió a la UGPP el 26 de febrero de 2018 para que le fuese reconocida y pagada dicha mesada; sin embargo, por medio de la Resolución RDP 019728 del 30 de mayo de 2018 se negó la solicitud, siendo confirmada por la RDP 028929 17 de julio de 2018 y RDP 034154 21 de agosto de 2018, agotando así la reclamación administrativa (Fls. 03 a 13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UGPP**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, pues a su juicio sólo son acreedores al pago de la mesada 14 las personas que hubiesen adquirido su status pensional antes del 29 de julio de 2005 y aquellas personas que lo adquieran con posterioridad a esta fecha y antes del 31 de julio de 2011 y perciban una mesada pensional igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, requisitos que no cumple el demandante, en tanto para la fecha efectiva de la prestación el 5 de octubre de 2006, su salario era de $1.403.003.53, superior a los tres salarios mínimos vigentes para ese año, motivo por el cual no es procedente la mesada adicional. Insistiendo que, al no cumplir con los requisitos con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005 y superar el monto estipulado en la norma aplicable, no hay lugar al pago de la mesada catorce, como tampoco a los retroactivos e indexación solicitada. Propuso como excepciones de fondo, las de «no comprender todos os litisconsortes necesarios»; «insuficiencia de poder - falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente a la pretensión primera»; «inexistencia de la obligación por falta del cumplimiento de los requisitos legales»; «prescripción» y la «genérica o innominada» (Fls. 67 a 78).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas adicionales causadas con anterioridad al mes de febrero de 2015, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio, la cual deberá ser asumida por la demandada UGPP en su totalidad, así como el retroactivo de las mesadas adicionales causadas desde el año 2015 hasta el año 2020 en cuantía de $13.487.960, retroactivo que deberá indexarse desde la fecha de la causación hasta el momento de su pago definitivo.

Para arribar a dicha conclusión, estableció que la controversia se centraba en la fecha de causación, considerando que el derecho pensional fue causado el 27 de junio de 1999, siendo la edad apenas un requisito para el disfrute, pero no de la causación del derecho pensional, en esa medida, señaló debía tenerse en cuenta lo referido por el inciso 8° del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual señala que se entiende que la pensión

se causa cuando se cumplen todos los requisitos, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, por lo anterior, consideró que la edad es un factor habilitante para el disfrute de la pensión, pero que la misma estaba causada desde el momento en que el demandante fue retirado de la institución en la que laboraba, entendiéndose así, que se causó el derecho con anterioridad al mencionado acto legislativo y en esa medida tiene derecho a las 14 mesadas pensionales al año.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, argumentando para tal efecto, que la pensión del demandante ostenta la calidad de compartida con COLPENSIONES, según resolución del año 2014, por tanto, considera que no debe ser pagada únicamente por la UGPP teniendo en cuenta que COLPENSIONES reconoce una mesada de $2.068.045 y la UGPP reconoce una diferencia de $248.508.45. Respecto al reconocimiento pensional del actor, considera este no logró demostrar que cumpliera con los requisitos de edad y tiempo de servicios y sólo lo fue hasta el año 2006, fecha en la que logra demostrar su estatus como pensionado, momento para el cual su salario superaba los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto, considera no es beneficiario de la mesada adicional. Del mismo modo, solicita se revise la liquidación realizada por el despacho, y en cuanto a la condena en costas, manifestó que la UGPP siempre estuvo atenta a los requerimientos del despacho, por ende, no es viable ser condenada en costas, así mismo solicita se declaren probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión, la accionada UGPP en similares términos a los indicados en su recurso de alzada; y la parte actora, solicitando se confirme la sentencia apelada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si procede el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14) a favor del demandante en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fuera reconocida por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor JOSÉ HEBERTO SÁNCHEZ BERMEO, a través de la Resolución DP 25972 del 06 de marzo de 2008 le fue reconocida por parte de la CAJA DE CRÉDITO ARARIO, INDUSTRÍAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN pensión de jubilación convencional a partir del 05 de octubre de 2006, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, por haber laborado para dicha entidad entre el 26 de abril de 1975 y el 27 de junio de 1999 un total de 24 años y 62 días. La prestación se reconoció en la suma de $891.883,46 (fls. 17 a 20).

Ahora bien, con el ánimo de resolver la controversia planteada debe recordarse que la denominada «*mesada catorce*», fue consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, precisando que tenían derecho a ella *«Los **pensionados** por jubilación, invalidez, **vejez** y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, … , **tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión** que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará **con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994**»*. Lo anterior, sin distinguir el legislador respecto a la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión o la calidad del pensionado, para efectos de acceder a ese derecho, esto es, pensiones legales o extralegales.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala en su inciso 4º que «*En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos*», a su vez en el inciso 8º se indica que «*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause **a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo** no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento***»; e igualmente, prescribe en el parágrafo transitorio 6, que *«Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, **aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011,** quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año*» (negrillas y subrayas de la Sala).

Dilucidado lo anterior, debemos advertir que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de dar alcance al caso específico de la pensión consagrada en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y su sindicato nacional de trabajadores, para la vigencia del 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre

de 1999, señalando que *«la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional»* (sentencias CSJ SL4550 -2018, SL992-2019, SL5030-2019 y SL5313-2019), de modo pues que una vez cumplidos el requisito de tiempo de servicios y desvinculado el trabajador, se causa el derecho a la pensión de jubilación convencional, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho.

Así las cosas, tenemos entonces que el actor causó su derecho a partir del 27 de junio de 1999 fecha en que feneció el contrato de trabajo con la entidad, ello se extrae del contenido de la aludida Resolución 05972 del 26 de marzo de 2008, acto administrativo en el que indica que, en el caso particular del actor, el disfrute la prestación es a partir del 05 de octubre de 2006, fecha del cumplimiento de los 55 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, advierte la sala que si bien es cierto, el disfrute de la pensión de jubilación se da con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, no es menos cierto que su causación data del año 1999, es decir, 6 años antes de la fecha de emisión de tal enmienda constitucional, circunstancia que sin dubitaciones hace que el actor sea acreedor a la mesada adicional reclamada, y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras muchas, en la providencia del 09 de octubre de 2019, CSJ SL5030-2019, donde se reiteró:

> *«En ese orden de ideas, se tiene que las previsiones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente, el límite temporal que consagró para beneficiarse de las prerrogativas de carácter pensional incluidas, entre otros, en convenciones colectivas de trabajo, no afectan la pensión de jubilación deprecada, en el entendido, que se causó desde el 27 de junio de 1999 y, en esa medida, constituye un derecho adquirido no susceptible de ser desconocido por esa reforma constitucional, en el que la edad es sólo un plazo futuro que estaba pendiente de cumplirse, sólo a fines de hacer exigible su pago.*
>
> *Es decir, tal restricción no le aplica al accionante por el hecho de haber cumplido la edad establecida en la convención colectiva de trabajo -55 años- el 27 de noviembre de 2010, esto es, después de la fecha indicada por el parágrafo transitorio 3º del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, después del 31 de julio de 2010, pues para esa fecha en este caso en particular, ya se había causado una prestación en su favor,* ***sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos*** *y éste, como se vio, lo era».*

En vista de las anteriores consideraciones, para el actor la mesada adicional de junio se mantiene incólume, toda vez que para el 27 de junio de 1999 no se había expedido aún el Acto Legislativo 001 de 2005, quiere decir que al actor no le fue suprimida dicha prebenda, pues la citada reforma constitucional respetó para todos los efectos legales los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, de lo que se colige que

la decisión adoptada por el Juez de instancia es acertada y por ello resulta imperiosa su confirmación.

Por lo anterior y previo a entrar a definir el valor del retroactivo, es necesario que la sala en sede de consulta, aborde el estudio del medio exceptivo denominado prescripción y para ello tenemos que la reclamación administrativa se realizó el 26 de febrero de 2018, la cual fue resuelta en forma negativa mediante Resoluciones RDP 019728 de 2018, 028929 de 2018 y 034154 del 21 de agosto de 2018, fecha ésta en la que se interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6º ibídem, presentándose la demanda dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., pues fue radicada el 24 de septiembre de 2019 (fl. 63), aspecto que permite dilucidar que la excepción propuesta por la demandada está llamada a prosperar parcialmente, por lo tanto, le asiste derecho al actor al pago de las mesadas reclamadas a partir del mes de junio de 2015, quedando cobijadas con el fenómeno de la prestación las causadas con anterioridad al mes de febrero de dicha anualidad; y por ello, una vez efectuadas las operaciones aritméticas del caso, la liquidación correspondiente arrojó lo siguiente:

AÑO	**IPC Variación**	**MESADA**	**OBSERVACIÓN**
2.006	0,0485	1.403.003,53	PRESCRITA
2.007	0,0448	1.465.858,09	PRESCRITA
2.008	0,0569	1.549.265,41	PRESCRITA
2.009	0,0767	1.668.094,07	PRESCRITA
2.010	0,0200	1.701.455,95	PRESCRITA
2.011	0,0317	1.755.392,11	PRESCRITA
2.012	0,0373	1.820.868,23	PRESCRITA
2.013	0,0244	1.865.297,42	PRESCRITA
2.014	0,0194	1.901.484,19	PRESCRITA
2.015	0,0366		1.971.078,51
2.016	0,0677		2.104.520,52
2.017	0,0575		2.225.530,45
2.018	0,0409		2.316.554,65
2.019	0,0318		2.390.221,09
2.020	0,0380		2.481.049,49
TOTAL			**13.488.954,70**

Suma que resultó ligeramente superior a la calculada por el a quo ($13.487.960,00), empero como este aspecto se revisa tanto en el grado jurisdiccional de consulta, como por vía de alzada en favor de la UGPP, no es dable modificarlo en su perjuicio, por lo que habrá de confirmarse lo decidido en primer grado. Dicho valor, tal como allí se indicó, deberá ser reconocido en forma indexada al momento de su pago.

Finalmente debe señalarse, si bien dicha prestación tiene el carácter de compartida, por ser un derecho adquirido con anterioridad al reconocimiento pensional de carácter legal por parte de COLPENSIONES, le corresponde a la UGPP continuar pagándolo en los términos indicados, pues este no se extinguió con el reconocimiento pensional por parte de dicha administradora si fue subrogado por esta, como lo sugiere la recurrente.

En este orden de ideas, es claro que no tiene vocación de prosperar la apelación propuesta por la entidad accionada, por ello se debe confirmar la decisión en su integridad.

Así se decidirá sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

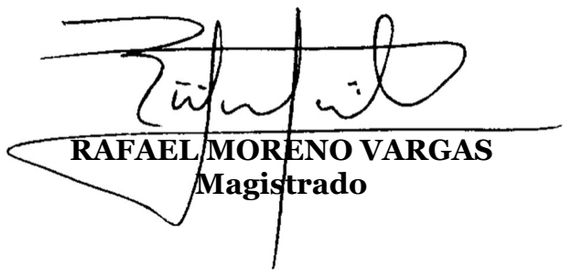
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

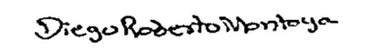
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por VIDAL CORTES RIVERA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-027-2019-00116-01.

Con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida 6 de julio de 2020 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **VIDAL CORTES RIVERA** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se ordene a COLPENSIONES pagarle el incremento pensional del 14% por persona a cargo, la señora HILDA PIRATOVA DE CORTES, de manera retroactiva al día 1° de agosto de 2012; que se indexen las condenas, se condene en costas a la entidad demandada y al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que mediante Resolución GNR 010847 del 1 de agosto de 2012, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2012, dando aplicación a lo previsto en el régimen de transición, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. De igual modo, informó que contrajo matrimonio con la señora HILDA PIRATOVA DE CORTES el 05 de agosto de 1973 con quien ha convivido de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho, dependiendo ella económicamente del pensionado, pues su esposa no trabaja ni disfruta de una pensión. Agregó que COLPENSIONES al reconocer la pensión de vejez, no le

reconoció el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, norma frente a la cual no se ha producido ningún tipo de derogatoria; añadiendo que la reclamación administrativa se encuentra agotada, toda vez que fue presentada ante COLPENSIONES el día 16 de agosto de 2017, no obstante, esta fue respondida de manera negativa el mismo día (fls. 03 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, toda vez que esta prerrogativa desapareció de la vida jurídica a partir del 1° de abril de 1994, por no hacer parte de las prestaciones reconocidas por el nuevo régimen pensional de que trata la Ley 100 de 1993, de igual forma consideró que el demandante no demostró los requisitos del artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción y caducidad»; «Prescripción»; «Declaratoria de otras excepciones»; «inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES» «carencia de causa para demandar», «cobro de lo no debido», «no configuración del derecho al pago del I.P.C.ni de indexación o reajuste alguno», «No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización «moratoria», «Pago», «Buena fe de COLPENSIONES», «Presunción de legalidad de los actos administrativos», «Prescripción», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «Innominada o genérica» (Fls. 32 a 38).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 6 de julio de 2020, absolvió de las pretensiones a COLPENSIONES y declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar y cobro de lo no debido, así mismo condenó en costas al accionante.

Para arribar a dicha conclusión, indicó con relación a la vigencia del incremento pensional del 14% contemplado por el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990, que mediante sentencia SU 140 del 28 de marzo de 2019, la Corte Constitucional indicó que los incrementos pensionales sufrieron una derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que quiere decir, que mantuvieron el derecho pensional del incremento de 14% aquellos beneficiarios a quienes se les hubiere reconocido su pensión antes del 1° de abril de 1994, por tanto, al verificar la fecha en la que se causó el derecho de la pensión del

demandante, que lo fue el 1° agosto del 2012, no tenía derecho al incremento pensional del 14%, por encontrarse derogado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como la accionada Colpensiones presentaron alegaciones; Colpensiones solicitando se confirme la decisión de primera instancia; la parte actora por su parte, requirió la revocatoria de la decisión de primer grado ordenándose el reconocimiento y pago del incremento del 14%, al considerar que no es posible aplicar retroactivamente la sentencia SU-140 de 2019.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar si este, eventualmente, se encuentra prescrito.

CONSIDERACIONES

El reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en

cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución GNR 010847 del 28 de noviembre de 2012 (fls. 19 a 21), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge, la señora HILDA PIRATOVA DE CORTÉS.

La condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el Acta de Matrimonio por el rito católico obrante a folio 17 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora HILDA PIRATOVA DE CORTÉS, desde el cinco (5) agosto de 1973.

En cuanto a la dependencia económica de HILDA PIRATOVA DE CORTÉS respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fueron recibidas las declaraciones de las señoras DORA INES PARADA MARINEZ, MARIA ALEJANDRA RODRIGUEZ JIMENEZ y de la señora cónyuge del actor. La primera de las citadas informó que conoce a la pareja desde hace 22 a 24 años, por ser vecinos, manifestó que el actor manejaba taxi, y la señora Hilda se dedica a su hogar y cuida a su madre que vive con ellos, explicó que el apartamento donde viven es de propiedad del señor VIDAL, que la señora HILDA depende económicamente de su esposo, así mismo indicó que ellos tienen 3 hijos, puntualizando que los visitan poco, y declaró que ellos no le ayudan económicamente a sus padres, expuso que en ningún momento los ha visto separados, y que sabe que el señor VIDAL es quien cancela los gastos de administración en el conjunto donde viven. Por su parte en el testimonio de la señora MARIA ALEJANDRA RODRIGUEZ JIMENEZ, quien dijo ser la nuera de la señor VIDAL CORTÉS y la señora HILDA, informó conocerlos hace 10 años por la relación que tiene con el hijo de ellos, EULICES CORTES PIRATOVA, mencionó saber que la pareja vive en San Mateo - Soacha, el demandante con su esposa y su suegra, explicó que el señor VIDAL trabajó manejando taxi hasta hace algunos años, por su parte la señora HILDA se dedica sólo al hogar y dice que desde que la conoce nunca la vio trabajar, informó que el apartamento donde ellos viven es propio, e indicó que los gastos del sostenimiento de la casa los paga el señor VIDAL, así como los gastos de la señora HILDA, dijo que los visitaba 2 o 3 veces por mes porque le ayudaban a cuidar a su hija, expuso además, que ellos nunca se han separado, y que procrearon 3 hijos, y ninguno vive con ellos, quienes tampoco ayudan

económicamente al señor VIDAL, manifestó que la señora HILDA está afiliada a la EPS como beneficiaria del señor VIDAL, e indicó que no remuneraba a la señora HILDA por el cuidado de su hija, aunado ello, señaló que la señora HILDA no ejerce actividad alguna que le permita percibir ingresos.

Finalmente la cónyuge del actor, informó que vive en San Mateo Soacha, con su madre y su esposo, con quien está casada hace 49 años, pues contrajeron nupcias el 5 de agosto de 1973 por el rito católico, sin haberse separado del señor VIDAL, que se dedica a su hogar y a cuidar a su madre porque tiene incapacidad, así mismo, informó que el señor VIDAL se dedicaba a manejar taxi, pero por prohibición médica no pudo volver a manejar; que depende económicamente de él, que tienen 3 hijos los cuales no viven en su casa, tampoco contribuyen con su sostenimiento económico, que el apartamento en el que habitan es propio, e indicó que en ninguna época de su vida se dedicó a alguna actividad económica, que sus gastos los obtiene de la pensión de su esposo y de lo que este trabajaba.

Se concluye entonces que a las declaraciones anterior se le asigna plena credibilidad, en especial las dos primeras, pues corresponden a testigos directos de los hechos afirmados, además de complementarse con la documental allegada, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica de la cónyuge con relación al demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, demás, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional,

debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de *in dubio pro operario,* obliga a atender y aplicar, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 1 de agosto de 2012 a través de la Resolución GNR 010847 del 28 de noviembre de 2012, la cual le fue notificada el 19 de diciembre de 2012 (fl. 18), la reclamación administrativa fue efectuada ante

Colpensiones el 16 de agosto de 2017 (fl. 22) y la demanda solamente vino a presentarse hasta el 11 de febrero de 2019 (Fl. 27), es decir, toda inconformidad con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que hay lugar a declarar probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación del derecho en vía administrativa y luego la acción judicial, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

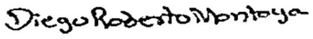
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ADOLFO PEÑA BALLESTEROS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Rad. 110013105-002-2018-00685-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo del 2020.

ANTECEDENTES

El señor **ADOLFO PEÑA BALLESTEROS** promovió demanda ordinaria con el fin de que se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento y pago del incremento del 14% a partir del 1° de abril de 1996 sobre su pensión mínima legal, se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la retroactividad a partir del 1 de abril de 1996 sobre 14 mensualidades al año, con los intereses moratorios y el pago de la indexación sobre las sumas adeudadas desde el día en que los valores se hicieron exigibles hasta cuando se produzca el pago definitivo, se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que se encuentra pensionado por el Seguro Social por vejez mediante Resolución No. 020349 de 1996 a partir del 1° de abril de 1996 en cuantía de $199.138 conforme al Decreto 758 de 1990; que la anterior resolución fue notificada el día 16 de enero de 1997, así mismo señala que es casado con la señora FIDELIA MONTOYA DE PEÑA, quien en la actualidad no disfruta de pensión alguna y desde el día de su convivencia hasta la fecha, depende única y exclusivamente de él, que el día 06 de septiembre de 2018, radicó reclamación

administrativa con No. 2018 - 11161544 solicitando su incremento pensional, siendo contestada por COLPENSIONES de manera negativa (fl.1 a 4).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor no tiene derecho al incremento reclamado por no haber acreditado en debida forma el vínculo matrimonial y/o marital vigente, señalando que no hay prueba que acredite que el actor y su cónyuge compartan lecho, techo y mesa, así como tampoco la existencia de una dependencia económica. Asimismo señala que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, los incrementos establecidos por el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia, toda vez que la citada ley no los contempla, además, no es dable incluir dichos incrementos sobre los cuales no cotizó, situación que afecta la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, vulnerando el derecho a la igualdad. Expone que si en determinado caso se resuelve que el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo, se debe de tener en cuenta lo establecido en las sentencias con Rad. No. 19557 de 2003, Rad. No. 27923 de2007, Rad. No. 42300 de 2012 en las cuales se modificó el criterio respecto del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 modificado por el Decreto 758 de 1990, en donde se estableció que los incrementos no forman parte integral de la pensión y en tal sentido no gozan del carácter de imprescriptibles, por lo que se tiene un término de 3 años desde el nacimiento del derecho pensional para accionar. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «inaplicabilidad del decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por Régimen de Transición», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 20 a 26).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 10 de marzo de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que si bien se encontró acreditada dependencia económica de la señora FIDELIA MONTOYA DE PEÑA respecto del demandante, al acoger lo reseñado en la sentencia SU 140 del 2019, donde se establece que los incrementos peticionados fueron derogados con la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que se pensionaron antes del 1 abril de 1994, señalando que el articulo 21 no produce efecto alguno para quienes hayan

adquirido el derecho pensional con posterioridad a la vigencia de la Ley 100, debía absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora apeló la decisión, argumentando que si bien se está aplicando la sentencia SU 140 del 2019, también es cierto que este Tribunal tiene otra postura, acorde con la jurisprudencia de la CSJ SL donde se ha señalado que el Decreto 049 de 1990 (sic) continúa vigente en aplicación de su artículo 21, señalando que dentro del plenario se demostró la dependencia económica, la convivencia, razón por lo cual se debe reconocer dicha prestación a partir del 1° de abril de 1996 sobre la pensión mínima, así como los intereses a los que haya lugar.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar, eventualmente, si este se encuentra prescrito.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como la accionada Colpensiones presentaron alegaciones; Colpensiones solicitando se despachen desfavorablemente los argumentos de la apelación planteados por la parte actora y, en consecuencia, se confirme la decisión de primera instancia; y la parte actora requirió la revocatoria de la decisión de primer grado ordenándose el reconocimiento y pago del incremento del 14%.

CONSIDERACIONES

El reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril

de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional y por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución No. 020349 del 27 de noviembre de 1996 (fl. 5), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge, la señora FIDELA MONTOYA DE PEÑA.

La condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el Acta de Matrimonio por el rito católico obrante a folio 10 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora FIDELA desde el 12 junio de 1976.

En cuanto a la dependencia económica de FIDELA MONTOYA DE PEÑA respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fue recepcionada la declaración del señor HECTOR JULIO CABALLERO PULIDO, quien manifestó conocer a la pareja, «*desde hace mucho tiempo*», que conoce a la señora FIDELA como esposa del demandante desde hace 40 años pues es su vecino, vive a media cuadra; que siempre los ha visto viviendo juntos, que con ellos van al médico, a misa, los ha visto salir a hacer mercado; que la señora FIDELA no trabaja, vive de la pensión de don Adolfo y tienen dos hijos, Sandra y Javier Peña, quienes no le colaboran porque ya tienen su hogar; que el actor es pensionado de los Seguros Sociales; que nunca se han separado, que él la tiene afiliada a la EPS, tienen una casita de un piso.

Se concluye entonces que a la declaración anterior se le asigna plena credibilidad, pues corresponde a un testigo directo de los hechos afirmados, además de complementarse con la documental allegada, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica de la cónyuge con relación al

demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada.

Hay que señalar, además, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender y aplicar, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y

con mayor suficiencia garantice el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 01 de abril de 1996 a través de la Resolución No. 020349 del 27 de noviembre de 1996 (fl. 5), la reclamación administrativa fue efectuada ante Colpensiones el 06 de septiembre de 2018 (fl. 13) y como la demanda solamente vino a presentarse hasta el 26 de octubre de 2018 (Fl. 18), es decir que tanto la reclamación como la demanda se presentaron con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste criterio atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que hay lugar a declarar probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante

para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación del derecho y luego la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ELIZABETH SANCHEZ TOVAR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Rad. 1100131-05-023-2019-00350-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH SANCHEZ TOVAR** solicitó el reconocimiento y pago del incremento del 14% mensual, previsto en el artículo 21 literal b) del Decreto 758 de 1990, en virtud de la dependencia económica de su cónyuge Javier Barrera y el hecho de que este no recibe pensión alguna, desde el mes de julio de 2008 y hasta que se haga efectivo; la indexación y costas procesales.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis, indicó que le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución número 028397 de 2007 por haber cumplido los requisitos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, no obstante, no se le reconoció el incremento al que tiene derecho según el artículo 21 literal b) del Decreto 758 de 1990, pese a que su cónyuge, el señor JAVIER BARRERA depende económicamente de ella y no disfruta de pensión alguna. Indicó que mediante reclamación administrativa del 26 de octubre de 2018 agotó el requisito contemplado en el artículo 6 del CPTSS, solicitando el reconocimiento y pago de dicho incremento, sin embargo, este fue negado; que en la actualidad la sociedad conyugal

sigue vigente y permanente, además de que ella sufre una discapacidad física severa, por lo que debe ser cuidada y atendida por su cónyuge; por lo cual, persisten las causas que dieron origen al derecho (Fls. 3 al 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las peticiones de la demandante carecen de soporte jurídico y factico, ya que conforme a la Sentencia SU 140 de 2019, la Corte Constitucional precisa que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994, igualmente manifiesta que los incrementos pensionales se oponen al Acto Legislativo 01 de 2005 toda vez que dicho beneficios se obtienen sin guardar correspondencia con las cotizaciones que se aportan al sistema General de Pensiones. Por último, manifiesta que a la demandante se le reconoció la prestación en el año 2007 y se elevó reclamación administrativa hasta el 26 de octubre de 2018, trayendo como consecuencia la prescripción total de lo reclamado. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de causa para pedir», «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe» y la «genérica o innominada» (Fls. 19 a 27).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de marzo de 2020, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, en cuanto al incremento pensional del 14% sobre la pensión mínima por cónyuge a cargo y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo que de acuerdo a lo considerado por la Corte Suprema de Justicia estos incrementos prescriben de manera total si no se reclaman dentro de los tres años siguientes a la concesión de la prestación económica, de tal modo que de acuerdo al artículo 151 del CPTSS al haberse efectuado el reconocimiento del derecho prestacional en julio de 2007, y la reclamación administrativa se produce solo hasta el 29 de octubre de 2019, trascurrieron más de 12 años y 7 meses, razón por la cual, se configuró la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, argumentando que de acuerdo a la sentencia SL2711 de julio de 2019, la posibilidad de solicitar el incremento por personas a cargo surge a partir de la adquisición del estatus de pensionado pero dicho beneficio solo se consolida y subsiste una vez reunidos los restantes requisitos exigidos en la norma, por ende, es a partir de este último momento que debe contabilizarse el término prescriptivo de la acción para reclamarlo, advirtiendo que en el presente caso, de las pruebas documentales y testimoniales se constata que la demandante ve por su esposo, el señor Javier Barrera desde julio de 2018, siendo esta la fecha que debe tomarse para efectos de contabilizar la prescripción y al haberse presentado la demanda el 25 de mayo de 2019, debe revocarse la decisión y otorgarse el incremento pensional solicitado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones solicitó se confirme la decisión de primera instancia por haber operado el fenómeno de prescripción. La parte actora, por su parte presenta alegatos en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho a la demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar en qué términos y bajo que parámetros.

CONSIDERACIONES

El reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 mantienen su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos

están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional y por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable tal precedente jurisprudencial reiterado y uniforme, permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que a la demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución No. 028397 del 29 de junio de 2007 (fls.8), por lo que es viable el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge a cargo, el señor **JAVIER BARRERA**.

La condición de cónyuge del antes citado, se acredita con el certificado de Registro Civil de Matrimonio obrante a folio 07 del plenario, que da cuenta que la actora contrajo nupcias con el señor **JAVIER BARRERA** desde el 26 de junio de 1982.

En cuanto a la dependencia económica de **JAVIER BARRERA** respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fue recepcionada la declaración de la señora ELSY YANNETH BARRERA, hermana del cónyuge de la demandante, quien manifestó conocer a la pareja conviviendo como esposos desde *«1980 y pico»*, sin que haya habido separaciones, que viven en su propia casa en Villas de Granada (Bogotá); que su hermano trabajó como taxista hasta el año 2018, en adelante se dedicó a cuidar a su cuñada, la actora, porque no puede andar sola; que no es pensionado, no tiene ingresos y su sustento lo deriva de la pensión de la demandante, tampoco recibe subsidios del Estado. De igual modo, rindió testimonio el señor ERIK ERNESTO LÓPEZ BARRERA, sobrino del cónyuge de la actora, quien dijo conocerlos desde hace 38 años en Villas de Granada, indicó que su tío trabajó como taxista, pero a partir de mediados del año 2018 dejó de laborar por problemas de salud, en la espalda, se quejaba mucho y porque tenía que ayudar a su tía, la actora, quien tiene una discapacidad; que no tiene ingresos, que tienen la casa donde viven, no es pensionado, tampoco recibe subsidios y depende económicamente de su esposa.

Se concluye entonces que a las declaraciones anteriores se le asigna plena credibilidad, pues corresponden a testigos directos de los hechos afirmados, además de complementarse con la documental allegada, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica del cónyuge con relación a la demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada. Aunado a ello también se aportó certificación expedida por la EPS FAMISANAR, que da cuenta de que el señor JAVIER BARRERA funge como beneficiario de la actora desde el 1° de julio de 2018 (fls. 13-14).

Hay que señalar, además, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, cuando surge el derecho a reclamarlos pues penden de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en los siguientes términos:

«(…) En otros términos, es dable entender que pese a que se adquiera la condición de pensionado, este beneficio solo se consolida y subsiste en la medida que se reúnan los restantes requisitos exigidos en la norma.

Surge entonces el interrogante, ***desde cuándo podría recriminársele al pensionado su eventual inactividad o incuria en reclamar el incremento pensional y considerarse el inicio del término trienal, cuando el cumplimiento de las condiciones previstas en la norma se da con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez.***

Al respecto, estima la Sala que aunque para obtener el incremento por persona a cargo es requisito sine qua non que el beneficiario acredite su calidad de pensionado, lo cierto es que ***esta prerrogativa solo se causa desde el momento en que se completan los demás requisitos previstos en la ley y, por tanto, es desde aquel instante que la obligación se torna exigible frente a la entidad de seguridad social y comienza a contar, en contra de su acreedor, el término prescriptivo****.*

Lo anterior cobra mayor firmeza si se tiene en cuenta que resulta desproporcionado achacarle al pensionado un actuar negligente en la reclamación del incremento desde la data de reconocimiento de la prestación, si para aquel entonces no cumple con las condiciones previstas en la ley para acceder al beneficio. Más aún, si se tiene presente que los diferentes acuerdos que le dieron origen a los incrementos pensionales (224 de 1966, 029 de 1985 y 049 de 1990, aprobados por los Decretos 3041 de 1966, 2879 de 1985 y 758 de 1990, respectivamente), no impusieron esa restricción temporal que diese a entender que el beneficio no podía ser concedido para aquellos pensionados que reunieran las condiciones allí dispuestas, después de los tres años siguientes al reconocimiento de la pensión de vejez.

Corolario de lo dicho, debe entenderse que ***para aquellos pensionados cuyas condiciones sobrevienen con posterioridad a la concesión del derecho pensional, el plazo prescriptivo de la acción tendiente a la obtención de los incrementos debe comenzar a contarse una vez se reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado, pues, se itera, es a partir del cumplimiento esas exigencias que la obligación se torna exigible».*** (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

En ese sentido, estima conveniente la Sala de Decisión precisar el alcance del criterio que se viene adoptando para acompasarlo a lo dispuesto por el Alto Tribunal, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atienden el principio de in dubio pro operario, obliga a atender y aplicar de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantice el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su

aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que el momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.*

En el presente caso, si bien la pensión fue reconocida a través de Resolución No. 028397 del 29 de junio del 2007 (fl. 08), conforme se desprende de la prueba testimonial antes referida, las exigencias legales para que se configurase el incremento pensional surgió apenas hasta el año 2018, específicamente desde el mes de julio, cuando su cónyuge comenzó a depender económicamente de la pensionada demandante; y la respectiva reclamación administrativa se presentó dentro de los tres años siguientes, esto es, el 25 de octubre de 2018 como se extrae de las pruebas allegadas al expediente (Fls. 9 y 10), solicitud que fue atendida desfavorablemente en esa misma fecha (fl. 11) siendo interpuesta la demanda el 24 de mayo de 2019 (Fl. 15), es decir, todo dentro de los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, criterio que atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar no solo la vigencia del derecho a reclamarlos sino también su prescriptibilidad a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales*, estimando que estos argumentos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige que debe revocarse este puntual aspecto de la sentencia, motivo por el cual le asiste razón a la parte apelante y por ende, al derecho de la demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues se insiste, entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron totalidad de las exigencias para su configuración, mes de julio de 2018, el agotamiento

de la reclamación administrativa (26 de octubre de 2018) y la presentación de la demanda (24 de mayo de 2019), no se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen.

En este orden de ideas, una vez realizados los cálculos del caso se tiene que el retroactivo correspondiente a los incrementos por persona a cargo, calculados desde el 01 de julio de 2018 hasta el 31 de julio de 2020, arroja un total de $3.146.554 sobre 13 mesadas pensionales al año sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, según la siguiente liquidación:

PERIODO		**VALOR MESADA (SMLMV)**	**NÚMERO DE MESADAS**	**INCREMENTOS 14%**
Inicio	**Final**			
1/07/2018	31/12/2018	781.242,00	6	$656.243
1/01/2019	31/12/2019	828.116,00	13	$1.507.171
1/01/2020	31/07/2020	877.803,00	8	$983.139
TOTAL				**$3.146.554**

Valor que deberá ser reconocido en forma indexada al momento de su pago. En tal virtud, se revocará la decisión de primer grado.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, en su lugar, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar en favor de la señora ELIZABETH SÁNCHEZ DÍAZ los incrementos por persona a cargo, contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, cuyo retroactivo asciende a la suma de $3.146.554 causados desde el 01 de julio de 2018 hasta 31 de julio de 2020, calculados sobre 13 mesadas anuales, sin perjuicio de los que se causen con posterioridad y hasta que subsistan las causas que le dieron origen, los cuales deben ser pagados en forma indexada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandada, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

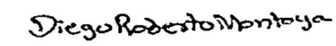
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso ordinario laboral de EDGAR ESCOBAR ZULOAGA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES. Rad. 110013105-030-2019-00431-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **EDGAR ESCOBAR ZULOAGA**, pretende se declare que tiene derecho al pago de su pensión de vejez, reconocida por COLPENSIONES a través de la Resolución SUB 85459 del 09 de abril del 2019, a partir del 07 de febrero de 2017; se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas entre el 07 de febrero de 2017 y el 30 de abril de 2019; se declare que COLPENSIONES incurrió en un retraso injustificado para el reconocimiento de sus mesadas retroactivas de vejez; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES al pago de las mesadas adeudadas a su favor desde el 07 de febrero de 2017 y el 30 de abril de 2019; los intereses moratorios, los ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, relató haber nació el 07 de febrero de 1955 cumpliendo sus 62 años de edad el 07 de febrero de 2017 y cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 1.634,57 semanas. Que estuvo afiliado a la

AFP PORVENIR S.A, retornando al RPMPD en octubre de 2017, así mismo, informó que conforme al detalle de aportes expedido por PORVENIR S.A. el día 23 de mayo de 2019, se observó la novedad de su retiro en el mes de noviembre de 2014, reportada por su ex empleador EQUIPOS TERRATEST, información que se remitió a COLPENSIONES sin que fuera cargada por el mismo. Manifestó que el 31 de agosto de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue reconocida según Resolución SUB 85459 del 27 de noviembre de 2018, a partir del 1° de mayo de 2019, en cuantía inicial de $2.729.642. Por lo anterior, el 6 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES el retroactivo pensional e intereses moratorios, lo cual fue negado mediante Resolución DPE No. 3811 del 31 de mayo de 2019 bajo el argumento que no se reportó la novedad de retiro por el referido empleador (fls. 53- 62).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, solicitando la absolución de las mismas, para ello argumentó que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional solicitado, toda vez que no se efectuó el retiro del sistema de seguridad social en pensiones a través de su empleador. Así mismo informó que revisada la historia laboral del accionante se estableció que cotizó en calidad de dependiente con el empleador EQUIPOS TERRATEST S.A.S. por el periodo 2014/30 sin novedad de retiro, razón por la cual reconoció la prestación a partir del 1°/05/2019 y no desde el cumplimiento de su edad el 07/02/2017. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «prescripción», «cobro de lo no debido», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «pago», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (fls. 68 - 73).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 29 de julio de 2020, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reconocer como fecha de causación de la pensión de vejez reconocida al demandante, el 7 de febrero de 2017; condenó a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante por concepto de retroactivo pensional causado entre el 7 de febrero de 2017 y el 30 de abril de 2019, la suma de $75.554.877. Condenó al pago de los intereses moratorios causados a partir del 28 de febrero de 2019 sobre cada una de las mesadas adeudadas y hasta el momento en que se haga efectivo su pago; así mismo, condenó al pago de $61.303

por concepto de intereses moratorios sobre la mesada del mes de mayo de 2019; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas.

Para arribar a esta decisión, indicó frente a la causación del derecho pensional al demandante, que conforme al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, observó el fallador que la última cotización data del 30 de noviembre del año 2014, siendo último empleador EQUIPO TERRASTEST, así mismo que la novedad de retiró efectivamente se reportó por PORVENIR S.A al momento de su traslado de régimen, sin que haya sido incorporada esta novedad por parte de COLPENSIONES, indicando así, inconsistente el argumento dado por la demandada, tras considerar que al momento de la solicitud pensional del demandante el 31 de agosto de 2018 ya tenía derecho a su reconocimiento pensional, desde el cumplimiento de sus 62 años de edad, esto es el 7 de febrero de 2017, no como reza en la Resolución SUB No. 309318 del 27 de noviembre de 2018 que reconoció el status pensional al demandante con fecha de causación el 1° de mayo de 2019. En cuanto a los interese moratorios, evidenció mora en el pago de las mesadas pensionales que fueron reconocidas en la providencia, indicando que el termino de 6 meses para reconocer la pensión vencieron el último día del mes de febrero del año 2019, por ello, precisó había lugar a reconocer los intereses moratorios causados desde el 20 de febrero de 2019 sobre el retroactivo causado, teniendo en cuenta cada mesada adeudada y hasta que se haga efectivo su pago, igualmente consideró necesario el reconocimiento de los intereses moratorios sobre la mesada pensional del 1° de mayo de 2019, pagada tardíamente en el mes de junio, por la suma de $61.303. Finalmente, apuntó que no operó el fenómeno de la prescripción por no haberse superado los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS en concordancia con el artículo 488 del CST, pues el nacimiento del derecho data del 7 de febrero de 2017, el cual fue interrumpido el 31 de agosto de 2018 con la primera solicitud pensional y la presentación de la demanda el 17 de junio de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, reiterando los términos mencionados en sus alegatos de conclusión y contestación de demanda, así mismo, anotó que hay que diferenciar entre fecha de causación y disfrute de la pensión, ya que si bien la primera se da cuando el afiliado cumple los requisitos de edad y semanas para el status de pensionado, la segunda se consolida cuando el afiliado a través de su empleador efectúa el diligenciamiento de la novedad de retiro ante la administradora de pensiones en la que se encontraba afiliado, observando que la

misma se realizó ante PORVENIR S.A. y no ante COLPENSIONES, por lo cual reiteró que no conocía de la misma, para poder establecerse así con exactitud su fecha de retiro, de igual manera indicó que se opone a los intereses moratorios en la medida que ha cancelado de forma oportuna las mesadas pensionales del actor, no consolidándose los mismos, ni el retroactivo pensional. Así manifestó frente a las costas procesales, señaló que las mismas son excesivas, teniendo en cuenta que el proceso se evacuó en una sola diligencia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión, la accionada COLPENSIONES en similares términos a los indicados en su recurso de alzada; y la parte actora, solicitando se confirme la sentencia apelada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido desde el 07 de febrero de 2017 hasta el 30 de abril de 2019, junto con los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, en los términos ordenados en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre los problemas jurídicos planteados, se ha de precisar que no es materia de controversia que mediante Resolución SUB 85459 del 09 de abril de 2019, le fue reconocida pensión de vejez al señor **EDGAR ESCOBAR ZULOAGA** a partir del 1º de mayo de 2017, en cuantía inicial de $2.729.642.00 tomando 1.632 semanas y un ingreso base de liquidación de $3.779.620, con un 72.22% como tasa de reemplazo (fls. 38 a 41), lo cual fue confirmado mediante Resolución DPE 3811 del 31 de mayo de 2019 (fls. 46 a 50). También se advierte por otra parte y no es objeto de discusión, que el actor estuvo vinculado al RAIS, según da cuenta la historia laboral aportada y la certificación por parte de la AFP PORVENIR obrante a folio 19.

También se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con la historia laboral allegada y que reposa en los folios 5 a 14, que la última

cotización efectuada por el demandante lo fue con el empleador *«EQUIPOS Y TERRATEST»* para el ciclo de noviembre de 2014.

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el art. 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse claramente como la parte actora satisfizo a cabalidad todos los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia para entenderse su desafiliación al sistema:

(i) Desde el 31 de agosto de 2018 (fl. 29) solicitó el reconocimiento de su pensión, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que era su deseo retirarse del sistema, aunado a que:

(ii) El señor ESCOBAR ZULOAGA, adquirió el estatus de pensionado desde el 03 de febrero 2017, fecha para la cual, tenía más de 1.300 semanas de cotización conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y ya había cumplido 62 años de edad.

(iii) El empleador *«EQUIPOS Y TERRATEST»*, dejó de cotizar desde el 30 de noviembre de 20142, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 5 a 14).

Lo anterior sería suficiente para determinar que le asistiría derecho al demandante al disfrute de la prestación en fecha anterior a la otorgada por COLPENSIONES. Empero, a más de lo anterior, la revisión del expediente también da cuenta que el

empleador sí reportó oportunamente la novedad de retiro, tal como da cuenta la copia de la planilla integrada de autoliquidación de aportes visible de folios 17 y 18, con lo cual, advierte la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la accionada en el sentido que dicha novedad no fue reportada por parte de la AFP del RAIS -PORVERNIR al momento de realizar el traslado de aportes a COLPENSIONES, pues claramente este tipo de actuaciones administrativas entre administradoras del sistema de pensiones no pueden perjudicar el derecho pensional de los afiliados, además, dicha AFP certificó que en el archivo reportado a las entidades de información y a COLPENSIONES reportó dicha novedad (folios 20 a 24).

Puestas así las cosas, esta Sala observa con meridiana claridad, que en éste caso se cumplen no sólo las condiciones analizadas en la jurisprudencia, sino también se reportó oportunamente la novedad de retiro por parte del empleador, y en tal sentido, hay lugar a modificar la fecha de disfrute a partir del 07 febrero de 2017, fecha en la que el actor alcanzó la edad de 62 años y tenía cumplidos el requisito de semanas para causar la pensión de vejez, tal como la misma entidad lo reconoció.

Dilucidado lo anterior, se deberá confirmar lo decidido en primera instancia en cuanto a este punto en particular; y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación fue reconocida para el año 2019 en la suma de $2.729.642, de modo que debe deflactarse al año 2017. En tal medida una vez efectuadas las operaciones de rigor arrojó una mesada para esa anualidad por un monto de $2.541.565 suma que resulta superior a la calculada por el A quo ($2.541.564), motivo por el cual se confirmará este punto; sin embargo se modificará el monto del retroactivo en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones el que calculado sobre 13 mesadas pensionales arrojó la suma de $75.300.732, desde el 7 de febrero de 2017 y el 30 de abril de 2019.

DESDE	HASTA	MESADA	IPC	MESES	SUBTOTAL
7/02/2017	31/12/2017	$ 2.541.565	N/A	11,80	$ 29.990.467
1/01/2018	31/12/2018	$ 2.645.515	4,09	13,00	$ 34.391.695
1/01/2019	30/04/2019	$ 2.729.642	3,18	4,00	$ 10.918.570
				TOTAL	**$ 75.300.732**

Se debe anotar que este retroactivo no se encuentra prescrito, en la medida que el mismo se causó a partir del 07 de febrero de 2017 y el demandante solicitó la prestación el 31 de agosto de 2018 (fl. 24), y esta le fue reconocida mediante Resolución SUB 85459 de 2019 (fls. 38 a 41); y el retroactivo pensional fue reclamado el 06 de mayo de 2019, siendo resueltos los recursos finalmente a través de la Resolución DPE 3811 del 31 de mayo de 2019 (fls. 46 a 50), notificada el 06 de junio

de 2019 (fl. 45), y como quiera que la demanda fue promovida el 17 de junio de 2019 (fl. 63), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 31 de agosto de 2018, pues como se vio, para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, habiéndose incluso reportado la novedad de retiro, para así reconocer la prestación desde el momento que cumplió la edad requerida, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional fue el 31 de agosto de 2018 (fl. 24), se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vencería el 31 de diciembre de 2018, habiéndose producido el reconocimiento pensional solo hasta el 09 de abril de 2019, con fecha de disfrute 1º de mayo de 2019, sin embargo, el pago efectivo, según se deduce del acto administrativo se produjo apenas en el mes de junio de 2019, de ahí que, los citados intereses se causan a partir del 1º de enero de 2019, empero como la decisión de primer grado lo determinó a partir del 29 de enero de 2019, así se dejará, en tanto y en cuanto, este aparte se revisa en favor de COLPENSIONES en el grado jurisdiccional de consulta y como única a apelante; estos intereses se calcularán sobre el valor retroactivo hasta la fecha en que se realice el pago de dicho retroactivo pensional, más la mesada del mes de mayo de 2019, pagada en el mes de junio de 2019. Se advierte, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectué el pago, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia bajo estudio.

Finalmente y en lo que atañe a la imposición de costas, resulta imperante para la sala recordarle a la recurrente que en voces del artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio será condenada a su pago, de acuerdo con lo anterior y en tanto no se acreditó ninguna circunstancia que exonerara a la entidad de su pago se deberá confirmar la sentencia impugnada, indicando en todo caso que en los términos del numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, normativa aplicable a los juicios del trabajo en virtud del artículo 145 del CPTSS, la liquidación de las costas y las agencias en derecho, solo resultan controvertibles a través de recurso de reposición y apelación una vez hayan sido liquidadas de manera concentrada y aprobadas por el juez de conocimiento. Por tal motivo no le es dable a la Sala entrar a dilucidar en este estadio procesal, si las mismas son o no exorbitantes, como lo indica la accionada.

De igual manera, se adicionará la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En tal virtud, quedan resueltos tanto la consulta que opera en favor de COLPENSIONES, como la apelación formulada por esta entidad. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido que el retroactivo por mesadas pensionales ascienden a la suma de $75.300.732, causadas desde el 07 de febrero de 2017 hasta 30 de abril de 2019, calculadas sobre 13 mesadas anuales, de los cuales se autorizan los descuentos en salud, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la aludida sentencia, en el sentido de precisar que los intereses moratorios adeudados sobre la mesada de mayo de 2019, se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, vigente en el momento en que se efectué el pago, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RAMIRO CHACON CORTES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN COLPENSIONES. Rad. 110013105-025-2017-00451-01

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional consulta en favor del demandante, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **RAMIRO CHACON CORTES** pretende se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez, por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las mesadas pensionales y adicionales, desde la fecha en la que surgió el derecho, el día 19 de enero de 2017, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados de la demandada, a los intereses de mora de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas y gastos del proceso, agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 19 de enero de 1957, se afilió al sistema de pensiones del Instituto de Seguros Sociales –ISS- a partir el 01 de marzo de 1977, cotizando 1.936.71 semanas, agregando que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 60 años de edad y con el cumplimiento del requisito de más de 1000 semanas cotizadas, indicando que para el 01 de abril de 1994 cotizó 875.25 semanas equivalente a 17 años y al 25 de julio del año 2005 cotizó 1393.38 semanas; afirmando así que cumple con el requisito de más de 750 semanas cotizadas al nacimiento del acto legislativo 01 de 2005, por tanto, es beneficiario del

régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Agregó que prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el mes de febrero de 1976 hasta el mes de enero de 1977 para un total de 51.48 semanas cotizadas. Finalmente, informó haber realizado la reclamación administrativa el día 05 de mayo de 2017 y que el derecho a la pensión de vejez nació el 19 de enero de 2017, fecha en la cual cumplió con la edad mínima y densidad de semanas de cotización exigidas normativamente (fls. 3 a 15 y 38 a 51).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos de derecho, así como de sustentó fáctico y legal, toda vez que el accionante no agotó el procedimiento gubernativo correspondiente al proceso para la pensión de vejez ante COLPENSIONES, enfatizando, para acceder al derecho a la pensión de vejez no sólo basta con aplicar los requisitos establecidos en la ley, sino que se deben llevar a cabo una serie de trámites ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que ésta confirme con los lineamientos internos de estudio de la solicitud, y refirió que el accionante no radicó los documentos completos para tal efecto, haciendo caso omiso a la respuesta de COLPENSIONES de fecha 05 de mayo de 2017, donde se le solicitó la documentación para tal fin. En este sentido, sostuvo que el demandante no agotó la reclamación administrativa respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez en concordancia con el artículo 4° de la ley 712 de 2001. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción y Caducidad», «Inexistencia del derecho y de la obligación», «Cobro de lo no debido», «Buena fe», «Presunción de legalidad de los actos administrativos» y la «Innominada o genérica» (Fls. 59 a 67).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de julio de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin imponer costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar con más de 15 años cotizados al 1° de abril de 1994, el cual conservó conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, pues cotizó a la entrada en vigencia del mismo, 1393.38 semanas, sin embargo aclaró que dicho régimen de transición tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, empero el actor cumplió 60 años de edad en el año 2017,

cuando ya no lo cobijaba la transición. En lo que concierne al agotamiento de la reclamación administrativa que trata el artículo 6 del CPTSS, dicha carga procesal estaba perfectamente cumplida por el demandante con la documental aportada al expediente. Señaló que la reclamación administrativa no requiere formalidades y no es un requisito para alegar el derecho, si no para establecer la competencia, argumentando así, pierde fuerza el argumento de la demandada, porque incluso emitió acto administrativo de reconocimiento pensional el 27 de abril del año 2019, del cual evidenció una correcta aplicación de la Ley 793 de 2013, que es la norma correcta a aplicar, quedando la pensión para el año 2019 en cuantía mensual de $890.971, ajustándose a derecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 19 de enero de 2017, junto a los intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico y como aspectos fuera de discusión se encuentra que el demandante conforme a la cédula de ciudadanía que obra en el expediente (fl.26), nació el 19 de enero de 1957, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con más 40 años de edad, empero sí contaba con más de 750 semanas de cotización específicamente 870 semanas (CD fl. 70), por lo que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal, el cual conservó a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de diciembre del año 2014. De igual modo, se tiene que la accionada COLPENSIONES reconoció al actor en el transcurso del presente proceso la pensión de vejez mediante Resolución SUB 99775 del 27 de abril de 2019, en los términos del del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 19 de enero de 2019 cuando cumplió 62 años de edad, en cuantía inicial de $860.971, teniendo en cuenta un IBL de $1.078.235, aplicando una tasa de remplazo del 79.85% sobre 1.995 semanas de cotización (fls. 81 a 84).

En virtud de los hechos acreditados anteriormente, claro es que por virtud del reconocimiento pensional en el trámite del presente proceso, no es dable efectuar pronunciamiento alguno frente a ese puntual aspecto, advirtiendo en todo caso que revisado el monto pensional allí reconocido este se ajusta a los parámetros de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, como quiera que se tomó el IBL más favorable, al cual se aplicó la tasa de remplazo correspondiente, atendiendo las semanas adicionales a las 1250 mínimas iniciales.

Respecto al tema de la fecha de disfrute de la pensión, debe señalarse que si bien el actor solicita el reconocimiento pensional a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, esto es, el 17 de enero de 2017, no hay lugar a tal pretensión dado que, como ya se dijo si bien el actor tenía la calidad de beneficiario del régimen de transición este expiró el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual sólo contaba con 57 años de edad y en los términos de las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 que eventualmente le serían aplicables (Acuerdo 049 de 1990 o Ley 71 de 1988) se requerían 60 años de edad y a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para ese momento se debían acreditar 62 años de edad, los cuales solo vino a alcanzar el 17 de enero de 2019, tal y como obra en el acto administrativo de reconocimiento pensional, razón por la cual no es posible acceder como fecha de disfrute el 17 de enero de 2017.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que la fecha de la petición pensional se efectuó en el trámite del presente proceso, el 21 enero de 2019, tal y como se deduce del acto administrativo que reconoció la pensión de vejez (fl. 81), de donde se colige entonces que el periodo de gracia de cuatro (4) meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vencería el 21 de mayo de 2019, empero, como ya se precisó el reconocimiento pensional se efectuó el 27 de abril de 2019 con fecha de retroactividad al 19 de enero de 2019, dentro dicho término, y además fue incluido en nómina de pensionados en el mes de mayo de 2019, lógico es, que no se incurrió en mora por parte de la entidad demandada, así como tampoco hay lugar a indexación alguna por las mismas razones.

Por los argumentos expuestos considera esta Corporación que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, y por tal razón será confirmada. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

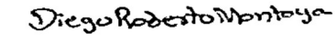
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FREDI ARTURO CORREDOR CORTES contra **ASESORES EN DERECHO S.A.S., COLFONDOS S.A., FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, FIDUCIARIA LA PREVISORA – PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, LA NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO. Rad. 110013105-023-2019-00030-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **FREDI ARTURO CORREDOR CORTES** como **pretensiones principales,** pretende se declare la protección de sus derechos a la seguridad social, respaldado en la decisión tomada por el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 2017; se declare que fue trabajador de la Flota Mercante S.A.; como consecuencia, se condene a Asesores en Derecho S.A.S expedirle su bono pensional o calculo actuarial correspondiente al tiempo laborado en dicha compañía; se condene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA a pagar a COLFONDOS S.A. el titulo pensional o calculo actuarial; se condene a COLFONDOS S.A. a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor, para su pensión de vejez o devolución de saldos; se condene a su pensión vejez a partir del 25 de enero de 2016; perjuicios morales y materiales, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como **pretensiones subsidiarias,** se declare la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como matriz y controlante de la compañía Flota Mercante S.A.; se declare la responsabilidad subsidiaria de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular del Fondo Nacional del Café; en consecuencia, se condene a las demandadas a pagarle a COLFONDOS S.A. el titulo pensional o cálculo actuarial que le corresponde por su tiempo laborado en la compañía; se condene a COLFONDOS S.A. a reliquidar su pensión de vejez junto con los incrementos anuales desde el 25 de enero de 2016 por su tiempo laborado, sumas que deberán ser canceladas debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que tiene 65 años de edad, que laboró para la compañía Flota Mercante S.A. mediante contrato a término indefinido desde el 17 de agosto de 1977 hasta el 3 de enero de 1983, cotizando un total de 271.86 semanas, informó que entre la compañía y la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial se firmaron convenciones colectivas de trabajo y se profirieron laudos beneficiándose de las cláusulas de los mismos, que el último cargo desempeñado fue de marinero, ostentando como último salario promedio el valor de US 592.46 dólares, que en pesos colombianos era de $41.644.30 para enero de 1983. Que la Flota Mercante no efectuó sus aportes pensionales y los mismos no han sido reclamados mediante bono pensional o calculo actuarial por COLFONDOS S.A., fondo en el que está afiliado contando con 557 semanas de cotización. Informó que, mediante derechos de petición del 27 de marzo de 2015 ante la FIDUPREVISORA y Asesores en Derecho S.A.S., solicitó su inclusión en calculo actuarial por su tiempo laborado, siendo negada mediante Resolución No. 197 de 12 de noviembre de 2015 con interposición de recurso de reposición el 1º de diciembre de 2015, añadió que presentó reclamaciones administrativas ante Asesores en Derecho S.A.S., la FIDUPREVISORA, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y COLFONDOS S.A. el 25 de septiembre de 2018. Finalmente subrayó que la mandataria de Asesores en Derecho S.A.S., le causa perjuicios materiales y morales al negar su bono pensional y que su cálculo actuarial por el tiempo laborado y no cotizado a la Flota Mercante supera los $180.000.000 (fls. 724 a 738).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **FIDUPREVISORA S.A**. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para ello informó que no es vocera ni es subrogatoria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta Compañía Inversiones de la Flota Mercante, que solamente administra los recursos trasferidos por la Federación Nacional de Cafeteros, razón por la cual, no puede dar

cumplimiento a la sentencia 188 de 1977. Aseguró que el vínculo entre ambas compañías es únicamente contractual y las obligaciones de la fiduciaria emanan del contrato de fiducia mercantil 3-1-01-38. Alegó que en los casos de pagos de las mesadas pensionales y de los aportes a las EPS, el patrimonio autónomo solo sirve como instrumento para realizar el pago y no asume las obligaciones pecuniarias de la extinta Compañía de Inversiones Mercante. Finalmente, informó que el patrimonio autónomo PLANFLOTA no es de remanentes por cuanto el liquidador CIFM no le entregó al Patrimonio recursos que pudieran ser administrados en virtud al conocido desequilibrio económico de la Flota, es decir, que ese patrimonio solo es la fuente de pago de los pensionados de la entidad siempre y cuando existan los recursos para tal fin. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil»; «inexistencia de la obligación»; «responsabilidad de la Matriz»; «inexistencia de la relación jurídica»; «inexigibilidad de la prestación» e «innominada» (fls. 768 a 798).

La demandada **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó la demanda con oposición a todas y cada una las pretensiones formuladas en su contra, tras considerar que las mismas son improcedentes, es decir, contrarias a lo establecido en la Ley y en la reiterada Jurisprudencia que constituyen un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, por cuanto la cartera ministerial está facultada exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la Ley, dentro de las cuales no está la de reconocer u otorgar pensiones y/o reliquidarlas, así reiteró no tiene la facultad para definir controversias entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A en liquidación y sus ex trabajadores o socios. Propuso como excepciones de mérito las de: «indebida vinculación del Ministerio de Hacienda»; «inexistencia de obligación alguna del por las pretensiones de la demanda»; «falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva» y «excepción genérica» (fls. 886 a 897).

Por su parte, la demandada **COLFONDOS S.A**. contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra, para ello argumentó que la Fiduprevisora y Asesores en Derecho, mediante Resolución de 9 de octubre de 2017, dando cumplimiento a sentencia, le informó que pagaría un bono pensional por aportes no realizados al ISS a favor del demandante por el valor de $22.874.428 a 31 de octubre de 2017 y de $23.202.593 a 31 de Diciembre de 2017, correspondiente al periodo 17 de agosto de 1979 a 3 de enero de 1983; así mismo, indicó que no le asiste obligación de reconocer y pagar pensión de vejez desde el 25 de enero de 2016, intereses de mora o indexación, tras considerar que el demandante a dicha fecha y en la actualidad, no

cuenta con capital necesario para financiar su pensión y no aporta prueba del cumplimiento del capital necesario, ni se ha presentado reclamación ante COLFONDOS S.A. Propuso como excepciones de mérito las de: «cosa juzgada»; «inexistencia del retardo en el cobro del bono pensional del demandante»; «inexistencia de la obligación de reconocer y pagar una pensión de vejez desde el 25 de enero de 2016 y de intereses de mora o indexación sobre la misma»; «inexistencia de la obligación de COLFONDOS de realizar el cálculo actuarial»; «inexistencia de la obligación de resarcir daños morales y materiales al demandante»; «innominada o genérica» y «prescripción» (fls. 906 a 921).

A su turno la accionada **ASESORES EN DERECHO SAS**, contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra, para ello manifestó que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, dado que a la fecha en la cual prestó los servicios a favor de la liquidada CIFM, esto es el 17 de agosto de 1977 hasta el 3 de enero de 1983, no existía la obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos, máxime que el ISS sólo asumió el riesgo mediante Resolución No. 03296 de 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad, acto administrativo que llamó a los empleadores marítimos para la afiliación y cotización respectiva para asumir los riesgos del IVM, así mismo informó que actúa únicamente como mandataria con representación de PANFLOTA, más no representa la entidad liquidada CIFM, no maneja dineros, ni le asiste ningún tipo de responsabilidad económica con respecto a las resoluciones de reconocimientos pensionales ni de gastos propios en la expedición de las mismas. Finalmente resaltó que el responsable de la elaboración del cálculo actuarial del actor es el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el interesado en vista a que es esa le entidad que debe de recibir el valor del cálculo. Propuso como excepciones de mérito las de: «inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia proferida por el Consejo de Estado»; «inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el I.S.S. no había asumido los riesgos IVM»; «imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante»; «ausencia del presupuesto factico para la procedencia del cálculo actuarial»; «no procedencia de reconocimiento y pago de interese moratorios»; «prescripción»; «buena fe»; «inexistencia de la obligación»; «innominada o genérica» y «oposición a la condena en costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante» (fls. 968 a 1001).

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones alegando que el actor nunca fue trabajador de esa entidad, por lo tanto, las pretensiones carecen de fundamento

factico y legal. Frente a las pretensiones subsidiarias argullo que no se cumple con los elementos de la responsabilidad subsidiaria, así mismo desvirtuó el hecho de que la liquidación de la CIFM fue consecuencia de una decisión de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo del Café, por estar alejada de la realidad, adicionalmente informó que no le correspondió al empleador efectuar aprovisionamiento para el pago de aportes al SSSP, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y previo al llamado a inscripción en el régimen de Seguros Sociales Obligatorios a los trabajadores marítimos, efectuado mediante Resolución No. 003296 de 2 de agosto de 1990. Propuso como excepciones de mérito las de: «ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia»; «ausencia de presupuestos constitutivos de la responsabilidad subsidiaria»; «inexistencia de la obligación»; «buena fe»; «falta de legitimación en la causa»; «prescripción»; «cosa juzgada»; «pago y compensación» y «genérica» (fls. 1012 a 1035).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de junio de 2020, declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por COLFONDOS S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros, respecto a las pretensiones 1, 2, 3, 4, 11, 13 y 14º; absolvió a las codemandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, observó el fallador que una vez verificadas las pretensiones de la demanda relacionadas con el pago del título pensional o calculo actuarial, las mismas ya fueron definidas por el juez constitucional según lo dispuesto en el fallo de tutela emitido por el Tribunal administrativo de Cundinamarca, sección primera, subsección A, en sentencia del 6 de diciembre de 2016 (fls. 574 a 580), donde se ordenó al Representante Legal de Asesores en Derecho elaborar el cálculo actuarial de los accionantes, determinando el monto de los bonos pensionales que les corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana, se ordenó al gerente de la FIDUCIARIA trasladar el valor actualizado que determinen los fondos de pensiones a los cuales se encuentran afiliados los ex trabajadores, sentencia que subrayó, fue confirmada por el Consejo de Estado. En este orden advirtió el A quo, que el proceso versa sobre el mismo objeto, causa e identidad de partes respecto de la acción constitucional instaurada, operando así la cosa juzgada, conforme al artículo 303 del CGP, por lo que consideró no era posible analizar la procedencia nuevamente

del cálculo actuarial ni el monto, ni la responsabilidad que le asiste a las demandadas por encontrarse estos temas ya definidos por el Juez Constitucional.
En cuanto a la pensión de vejez, manifestó que no está en discusión que él demandante esté afiliado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y que una vez verificado los requisitos para acceder a la prestación, el mismo solo cuenta con la suma de $16.579.321 correspondiente a aportes obligatorios (fl. 937), así mismo anotó que al darse aplicación a la Resolución 147 del 9 de octubre de 2017 emitida por Asesores en Derecho S.A.S. (fls. 923 a 928) en la que se establece que el valor del cálculo actuarial por omisión del demandante por el tiempo laborado no cotizado, ascendería a la suma de $22.874.428 sí se pagaba en octubre de 2017, y a la suma de $23.202.593 sí se pagaba el 17 de diciembre, y que una vez sumados dichos valores no se reunía el capital necesario para acceder a una pensión por vejez en el RAIS, además de indicar que se debe de realizar el trámite para optar por la modalidad por la que quiere pensionar, finalmente absolvió a la demandada COLFONDOS S.A. de esta pretensión y las demás peticiones en su contra.

Respecto de los perjuicios morales y materiales, apuntó que no se evidenció la causación de los mismos, al no cumplirse con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en consecuencia, absolvió a las codemandadas de las demás pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida solicitando la revocatoria de la misma, para ello argumentó que efectivamente el Consejo de Estado tuteló el derecho del demandante, pero en ninguna parte se indicó cómo era el procedimiento para emitir el cálculo, ni como fijarse el salario, ni indicándose la norma, de modo que dicha orden no se ha cumplido por las codemandadas, dilatándose su pago alrededor de los años, constituyéndose una violación al derecho de acceso a la administración de justicia del actor. Aunado a ello, señaló que la resolución emitida no fue notificada e insistió en que el proceso ordinario se inició precisamente (i) para dar cumplimiento a la decisión emitida y confirmada por el Consejo de Estado en el año 2017, donde al mismo se le interpuso incidente de desacato; (ii) sí la decisión fue cumplida la misma se realizó con falsedades al tomarse para el cálculo el salario el mínimo, cuando terminó el vínculo contractual con la empresa Flota Mercante Grancolombiana, (iii) que el actuar de las codemandadas causa un perjuicio irremediable al actor, tras considerar que su salario fue de US 592.46 dólares, que en pesos colombianos era de $41.644, por lo que debe procederse a realizarse el cálculo actuarial conforme al valor real y (iv) indicó que es

COLFONDOS S.A. la entidad encargada de realizar el cálculo actuarial y no Asesores en Derecho, ni Fiduprevisora, toda vez que la ley no lo establece, finalmente informó que se ha realizado el trámite ante COLFONDOS S.A. para gestionar la prestación pensional del actor y que con el verdadero monto del cálculo actuarial debe reconocerse la pensión y/o la devolución de saldos. En ese orden, solicita que se revoque la decisión y en su lugar, conceder las pretensiones y compulsar las respectivas copias a los entes de control del Estado tras considerar que existió falsedad en documento público y privado por parte de las codemandadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada Federación Nacional de Cafeteros presentó sus alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia, tras considerar que la misma se ajusta en derecho y efectivamente operó la excepción de cosa juzgada. De igual modo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Fiduprevisora S.A. presentaron sus alegaciones en similares términos a los de la contestación de la demanda. El demandante, de igual manera, presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la alzada, reiterando que el a quo se equivoca al indicar que todas las pretensiones son cosa juzgada, cuando, pues de la sentencia de tutela se desprenden varios actos posteriores que no fueron tutelados y que tampoco podría resolver el juez de tutela, porque sería extralimitarse en su función de juez constitucional. Indicando que lo tutelado es que el señor FREDI ARTURO CORREDOR tiene derecho a que su empleador le pague el cálculo actuarial por el tiempo laborado y no cotizado. Pero los hechos posteriores y que están en discusión es ¿Con cuál salario debe efectuarse el cálculo actuarial?, ¿Quién debe efectuar su pago?; ¿Que el fondo de pensiones resuelva su solicitud de pensión o devolución de ahorros?, ¿Qué si proceden los intereses moratorios?; ¿Quién paga los perjuicios al actor?, tal y como se evidencia en el petitum de la demanda. Finalmente, Asesores en Derecho guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, en virtud de las materias objeto de los recursos de apelación, corresponde a esta Corporación, establecer si en este asunto se configuró el fenómeno de la cosa juzgada respecto al derecho al actor a la expedición del cálculo actuarial y determinar, eventualmente, la responsabilidad que le asiste a cada una de las demandadas en esa obligación; además del monto, así como determinar si le asiste el derecho a la pensión y/o devolución de saldos al demandante.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre el demandante y la hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. (CIFM) existió un contrato de trabajo a término indefinido y que estuvo vigente desde el 17 de agosto de 1977 hasta el 03 de febrero de 1983, hechos ratificados mediante la documental allegada, por tanto el punto de discusión se centra en que al haber existido un periodo de labores sin que se realizaran las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social, por tal razón se debe pagar el cálculo actuarial.

Ahora bien, para determinar si se configuró el fenómeno de la cosa juzgada, es menester precisar que el artículo 303 del C.G.P., establece que, ejecutoriada una sentencia, produce efectos de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes.

La institución de la cosa juzgada, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido por la jurisdicción ordinaria, pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada goza de la presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos.

Requisitos que pasan a estudiarse, frente a lo cual advierte la Sala que, el señor Corredor Cortés, en compañía de 6 ex trabajadores más, interpuso acción de tutela en contra de las aquí demandadas, salvo COLFONDOS S.A., en procura de que se expidiese el acto administrativo del bono pensional, previa la cuantificación por parte de la FIDUPREVISORA como administradora del PANFLOTA por el valor del tiempo de servicio que no fue cotizado al Instituto de Seguro Social -ISS, se ordenara a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que, en caso de iliquidez o insuficiencia del PANFLOTA, suministre a FIDUPREVISORA los recursos necesarios para el pago del bono pensional, con el objeto de que los girase a su vez a COLPENSIONES o al fondo de pensiones al cual esté afiliado el trabajador, y se pida al Ministerio de Hacienda que verifique que los dineros de los pagos de los cálculos actuariales cumplan con lo ordenado en el Decreto 1887 de 1994.

El conocimiento de dicha acción constitucional, correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, Subsección A, el cual mediante sentencia del 06 de diciembre de 2016 accedió al amparo invocado y ordenó a Asesores en Derecho elaborar el cálculo actuarial de los accionantes determinado el

monto de los bonos pensionales que les corresponde por el tiempo laborado ante CIFM, y a la Fiduciaria la Previsora, a que trasladara el valor actualizado del cálculo actuarial que se determine a los fondos de pensiones a los cuales se encuentren afiliados los ex trabajadores. Dicha decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 15 de febrero de 2017 (fls. 574 a 580).

Conforme a lo expuesto, precisa la Sala que la decisión adoptada por dichas autoridades judiciales claramente definieron el derecho al actor a que por parte de las accionadas ASESORES EN DERECHO, en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, FIDUPREVISORA como administradora del PANFLOTA y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, elaboraran y pagaran el cálculo actuarial por el tiempo en el que el hoy demandante trabajó al servicio de la Flota Mercante y que no estuvo afiliado a los riesgos de IVM.

Ahora bien, dichas decisiones judiciales, confrontadas con las pretensiones principales 1 y 3 a 5 y de las subsidiarias (de la 11 a 14) de este proceso, donde se solicita que se condene a Asesores en Derecho a expedirle la Resolución del bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la CIFM; se condene a FIDUPREVISORA a pagarle a COLFONDOS S.A. el título pensional o cálculo actuarial correspondiente, y a éste a tener en cuenta dicho tiempo para el reconocimiento pensional o la devolución de saldos, así como a que se declare la responsabilidad subsidiaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, con el consecuente pago del título pensional o cálculo actuarial a dicha AFP, claramente se evidencia que existe identidad de partes, causa y objeto, toda vez que en esta acción se persigue el mismo derecho (reconocimiento y pago del cálculo actuarial), que como ya se observó fue definido en aquel expediente. Por manera que, tales aspectos, a juicio de esta Sala resultan improcedentes debatirlos en este nuevo litigio, máxime cuando en las decisiones primigenias se abarcó por los respectivos Jueces de Primera y Segunda Instancia el estudio del derecho al pago del cálculo actuarial por parte de las accionadas; razón por cual, no se puede pretender el demandante que en un nuevo escenario judicial se estudie y debata, otra vez, tales pedimentos, pues media una decisión en la que ya se definió y decidió el derecho solicitado de manera definitiva, pues se itera, tales cuestiones fácticas y derechos se pusieron de presente en la causa petendi de dicha acción constitucional.

En este aparte, conviene recordar que la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al Juez constitucional y, tal determinación, es un

aspecto que se elucida en la sentencia de tutela (CSJ SL15882-2017), en otros términos, es el mismo Juez Constitucional quien impone o modula el alcance de su decisión, en ese sentido, advierte esta Colegiatura, tal circunstancia, al haberse concedido la tutela como mecanismo definitivo, constituye cosa juzgada material, ficción legal amparada en los artículos 32 de la Ley 712 de 2001, 17 del C.C. y 303 del C.G.P, donde las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar el pronunciamiento previo, máxime cuando, como ha enseñado la HCSJ SCL:

*«el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto**, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario**, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.*

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho» (CSJ SL15882-2017); *ello desde luego, sin que implique que por ser respetuosos «del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela».*

Corolario de todo lo anterior, esta Sala, al igual que el a quo, se abstiene de pronunciarse sobre la viabilidad o no del reconocimiento y pago del cálculo actuarial a favor del demandante y sobre quien o quienes recae tal responsabilidad, e incluso frente al monto del mismo, en cuanto y en tanto dichos aspectos ya fueron decididos por el juez constitucional y tienen el carácter de definitivos. En ese sentido, debe decirse, no le asiste razón a la parte recurrente al plantear que hay hechos posteriores que están en discusión, como lo es el salario mediante el cual debe efectuarse el cálculo actuarial, o quien debe efectuar su pago, pues justamente ya esos hechos fueron definidos previamente en la aludida acción constitucional, lo que eventualmente, si se consideran están siendo objeto de desconocimiento por los obligados, pueden ponerse de presente mediante un incidente desacato. En lo demás, fueron aspectos definidos en la decisión que ahora se revisa, tales como lo relativo al reconocimiento pensional, los intereses moratorios o los perjuicios reclamados.

En ese orden, no queda otro camino que declarar probada la excepción de COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL frente a tales puntos, con la advertencia que, dicho cálculo actuarial ya fue expedido por parte de las demandadas según da cuenta la Resolución No. 147 del 09 de octubre de 2017 expedida por Asesores en Derecho, a través de la cual se dio cumplimiento a la mencionada sentencia, precisándose el valor

del mismo, a 31 de octubre de 2017 por $22.874.428 y a 31 de diciembre de 2017 por $23.202.593. En ese sentido, debe señalarse que la fijación del litigio en este proceso versó específicamente en *«determinar la procedencia de la emisión o expedición de un bono pensional o pago de cálculo actuarial por el tiempo servido por el demandante en la extinta flota Mercante Gran Colombiana, de ser así, deberá definirse la responsabilidad de cada una de las demandadas frente a esta obligación pensional, y de las demás pretensiones reclamadas»*, por lo que nada se indicó en torno a los aspectos que ahora señala como inconformidad el actor, como lo son el monto, salarios y/o factores salariales con los que se debió liquidar el cálculo actuarial, por lo que, al estar enmarcado en esos términos el litigio a definir, se encuentra que ya había sido definido previamente y los demás puntos que ahora reclama, incluido el tema de la devolución de aportes, tanto en la alzada como en los alegatos de esta instancia, no pueden entrar revisarse, so pena de vulnerar el debido proceso de la contra parte, toda vez que quedaron por fuera de la fijación del litigio.

En ese orden de ideas, resulta claro que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual, la pensión de vejez en el RAIS pende de que en la cuenta de ahorro individual del afiliado se halle el valor del capital necesario para financiar la prestación, y conforme a la información financiera existente en el expediente (fl. 937), el saldo consolidado de la cuenta de ahorro individual no resulta suficiente para tales efectos ($16.579.321,31), sumando, incluso, el valor del cálculo actuarial antes mencionado, tal como lo señaló el a quo, sin que desde luego, se haya probado perjuicio alguno causado al actor por las demandadas y que sea susceptible de ser reparado; quedando así, resueltos todos y cada uno de los puntos materia de inconformidad planteados por el apelante, agregándose, si el actor considera que se han configurado conductas disciplinarias o penales por parte de las entidades accionadas, queda en libertad de ejercer las acciones que considere pertinentes ante las autoridades competentes.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de mayo de 2019, pero por las precisas razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

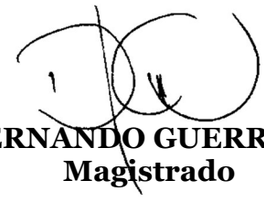
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

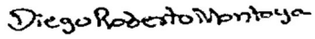
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA EDY PINEDA MORA contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Rad. 110013105-004-2019-00543-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente providencia:

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de julio de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA EDY MORA PINEDA** pretende se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 09 de julio de 2007 hasta diciembre de 2015; se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la diferencia existente entre el retroactivo cancelado por COLPENSIONES y el retroactivo real; subsidiariamente, el pago de la *indexación de los intereses moratorios*, costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 11 de septiembre de 1946 cumpliendo sus 55 años de edad el 11 de septiembre de 2001 siendo beneficiaria del régimen de transición, así mismo indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 48 años de edad y un total 1.004 semanas cotizadas, que radicó el 09 de marzo de 2007 ante el ISS solicitud de pensión de vejez, siendo negada mediante resoluciones 17084 de 30 de abril de 2007, 19951 de 8 de mayo de 2008 y 124546 del 19 de octubre de 2011; manifestó que mediante Resolución GNR 334189 del 26 de junio de 2013 se le concedió la pensión mensual

vitalicia de vejez en cuantía de $644.350 a partir del 16 de septiembre de 2012, ingresando a nomina el 2015 – 11, pagadero en el 2015 - 12, y mediante Resolución GNR 26207 del 25 de enero de 2016 se le indicó como nueva fecha de la pensión de su vejez el 1° de octubre de 2006, por lo anterior, desatacó que COLPENSIONES incurrió en una demora injustificada, generando a su favor intereses moratorios desde la fecha de su solicitud (9 de marzo de 2007) hasta las fechas en que se efectuó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez. Finalmente refirió que mediante derechos de petición de 11 y 18 de julio de 2018, solicitó el reconocimiento de sus intereses moratorios, siendo negada mediante Resolución SUB 194622 del 23 de julio de 2018, sin que a la fecha se le haya cancelado dicho concepto (Fls. 2 a 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Para ello argumentó que mediante Resolución No. GNR 334189 del 26 de octubre de 2015, se ordenó el pago de la pensión de vejez a la demandante en cuantía de $644.350 a partir del 16 de septiembre de 2012, con un retroactivo pensional en cuantía de $23.801.740, actuando conforme a la norma vigente; en este orden, invocó que la actora no es acreedora al pago de intereses moratorios, teniendo en cuenta que desde el momento del reconocimiento de su pensión no ha incurrido en mora en el pago de las mesadas pensionales. Así mismo manifestó que resolvió la solicitud de la actora, negando el disfrute de su pensión, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos legales. Propuso como excepciones de fondo, las de «buena fe», «prescripción», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia de los intereses moratorios», «inexistencia del derecho reclamado», «innominada o genérica» y «compensación» (Fls. 62 a 68, 84 a 85).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 21 de julio de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de las mesadas causadas y pagadas tardíamente con anterioridad al 11 de julio de 2015 y hasta el 29 de marzo de 2016, en la suma de $7.684.111, suma que será debidamente indexada a la fecha de pago; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que desde el momento en que la demandante solicitó la pensión de vejez, la entidad ha debido de realizar el estudio pensional correspondiente, sin omitir ningún trámite, siendo reconocida la prestación económica solo hasta el año 2015, por lo expuesto resaltó que el plazo dado por el

legislador a la pasiva para el reconocimiento de la prestación venció el 9 de julio del año 2007, resultando procedente la condena a la pasiva sobre los intereses moratorios. En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que si bien es cierto COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez en el año 2016 y por lo tanto existió un retroactivo pensional, la demandante tan solo reclamó el pago de los intereses moratorios hasta el 11 de julio del año 2018 y demandó el 10 de junio del año 2019, por lo tanto, consideró se encuentran prescritos los intereses moratorios de las mesadas causadas y pagadas tardíamente con anterioridad al 11 de julio del año 2015 hasta el 29 de marzo del año 2016, toda vez que según Resolución GNR 26207 de 2016 ese retroactivo pensional fue pagado en marzo de ese mismo año.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de manera parcial, la apoderada judicial de la parte demandante, apeló tras considerar que COLPENSIONES a la luz de lo establecido en el artículo 2614 del Código Civil renunció expresamente a la prescripción al haber reconocido la pensión de vejez a la demandante, tal como lo demuestran las resoluciones expedidas, por tanto el monto a reconocer debe ser mayor al reconocido.

A su turno la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, señalando que si se llegara a confirmar que la entidad debe asumir el pago de los intereses moratorios, se tuviera en cuenta lo consignado en la sentencia con rad. 41392 del 2009, en el sentido que no existe compatibilidad entre los intereses moratorios y la indexación por cuanto correspondería a una doble pena a la entidad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en sus recursos de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación establecer si procede el reconocimiento de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de ser afirmativo lo anterior, determinar si hay lugar o no a declarar probada la excepción de prescripción propuesta.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre los problemas jurídicos planteados, se ha de precisar que no es materia de controversia que la señora MARÍA EDY MORA PINEDA, es beneficiaria del régimen de transición de que trata el art. 36 de la Ley 100 de 1993, y que tiene derecho a la pensión de vejez a la luz del régimen pensional contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, razón por la cual, mediante resolución GNR 334189 del 26 de octubre de 2015, le fue reconocida pensión de vejez con *fecha de status* 11 de septiembre de 2001, pero en razón al fenómeno de la prescripción se difirió el disfrute a partir del 12 de septiembre de 2012, en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente (fls. 24 a 27), luego mediante Resolución GNR 26207 del 25 de enero de 2016 *«una vez realizado nuevamente el estudio de la prestación económica reconocida se evidenció en el cuaderno administrativo que la peticionaria ha realizado la solicitud de reconocimiento pensional desde el año 2006, motivo por el cual* [concluyó,] *no es procedente aplicar el fenómeno de prescripción y acceder en consecuencia a pagar el valor de retroactivo pensional generado con ocasión al reconocimiento de Pensión de Vejez»*, el cual ascendió a $35.353.350 (fls. 28 a 34).

Con relación al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la norma en comento contempla que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De igual manera, la Corte Constitucional mediante sentencia C-601 de 2000 declaró exequible la citada disposición, argumentando que dichos intereses moratorios deben ser aplicados a todo tipo de reconocimientos pensionales; de igual manera la misma corporación mediante sentencia SU 065 del 13 de junio de 2018, impone la obligación a los fondos de resolver las peticiones de carácter pensional en un término de 4 meses, en aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994, tesis acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras muchas, en sentencia radicación 48588 del 8 de febrero de 2017.

Ahora, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificada la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda dársele por las autoridades judiciales en su labor de interpretación de las normas sociales, es una situación que a todas luces no ocurrió en el caso de autos, como quiera que la entidad negó la prestación solicitada sin

ningún fundamento legal para ello, pues resulta totalmente diáfano que la señora MARÍA EDY PINEDA MORA desde el 11 de septiembre de 2001 ya contaba con los requisitos mínimos para causar y disfrutar de su pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 y contrario a ello, sistemáticamente, le negó en cuatro (04) oportunidades la pensión sin justificación alguna, tal como se deduce de la Resolución GNR 26207 del 25 de enero de 2016, circunstancias que acreditan que las decisiones adoptadas por la demandada no se ciñen al entendimiento jurisprudencial expuesto respecto del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, razón más que suficiente para condenar a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios allí contemplados.

En todo caso, en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó sobre las excepciones a la imposición de intereses moratorios, precisando que se *«ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)»*, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración; en consecuencia, se confirmará este puntual aspecto de la sentencia impugnada.

Para establecer la fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, según el cual 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, dicho lo anterior, tenemos entonces que la petición de reconocimiento fue el 09 de marzo de 2007, cuando para dicha data ya se había causado el derecho pensional como reiteradamente se ha venido manifestando, es decir que la encartada debió haber proferido el correspondiente acto administrativo reconociendo la prestación deprecada a más tardar el 09 julio de 2007, lo que en efecto no ocurrió, pues tal y como se refleja a folios 14 a 22 del plenario, inicialmente el Instituto de Seguros Sociales –ISS- mediante Resoluciones 017084 del 230 de abril de 2007, 119951 del 08 de mayo de 2009 y 1244545 del 19 de octubre de 2011 negó la prestación, y luego COLPENSIONES la negó a través de la Resolución GNR 160463 del 29 de junio de 2013 y fue tan solo hasta el 26 de octubre de 2015 que la demandada reconoció la pensión de vejez en Resolución GNR 334189 de 2015.

Ahora bien, atendiendo tanto el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones como la apelación propuesta por la parte actora, debe entrar la Sala de Decisión a centrar el estudio en la excepción de prescripción, y para ello se debe anotar de entrada, que los intereses reclamados no se encuentran prescritos, pero no por las razones esgrimidas por la recurrente, toda vez que la especialidad laboral cuenta con normatividad expresa para regular el fenómeno jurídico de la prescripción, lo cual da al traste con la solicitud de dar aplicación a lo dispuesto en la normatividad civil solicitada por la actora (artículos 2514 y 1653 del C.C.).

En efecto, los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS regulan expresamente el fenómeno jurídico de la prescripción, cuya aplicación al caso de maras, no lo llega a configura, toda vez que el derecho pretendido se hizo exigible una vez expedida la Resolución GNR 26207 del 25 de enero 2016, mediante la cual COLPENSIONES reconoció a la demandante el retroactivo pensional, sobre el cual se solicitan los intereses moratorios, advirtiendo que la parte actora elevó reclamación administrativa sobre los mismos, el 11 de julio de 2018 (fl. 41), la que fue resuelta en forma definitiva con la Resolución SUB 214152 del 11 de agosto de 2018 (fls. 41 a 53), fecha en que se interrumpió la prescripción en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6º ibídem, presentando la demanda el 10 de junio de 2019 (fl. 58), esto es, dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., razón por la que, contrario a lo estimado por la juez a quo, no había lugar a declararla probada.

De acuerdo con lo anterior, se ordenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- aplicar, sobre el valor de cada una de las mesadas causadas entre el 1 de octubre de 2006 al 31 de enero de 2016, fecha en que fue incluida en nómina de pensionados (fl. 33), la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de intereses moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectué el pago, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, se deberá absolver a la demandada del pago de la indexación ordenada, en la medida que estos pedimentos resultan incompatibles con los intereses reconocidos, obedeciendo, tal como lo esgrime la apoderada de COLPENSIONES a una doble sanción en los términos reconocidos por la A quo.

En ese orden de ideas, se modificará la decisión de primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido que los intereses moratorios corren sobre las mesadas causadas entre el 1° de octubre de 2006 y el 31 de enero de 2016, sin que haya lugar a indexación alguna sobre las sumas que de allí resulten, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO de la aludida sentencia, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONFIRMASE en lo demás la decisión.

CUARTO: Sin costas en la instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

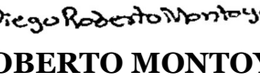
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ARGEMIRO SIERRA RONCANCIO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Rad. 110013105-003-2019-00421-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **ARGEMIRO SIERRA RONCANCIO,** actuando por intermedio de apoderado judicial, pretende se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar la pensión de jubilación por aportes, en cuantía de $689.455,00, a partir del 10 de junio de 2016, con los reajustes de ley y mesadas adicionales a la fecha, debidamente indexadas al momento del pago e intereses moratorios; finalmente solicita se declare que COLPENSIONES deberá cobrar la cuota parte con la que debe concurrir la Policía Nacional.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 03 de marzo de 1949, ingresó como agente alumno de la Policía Nacional el 01 de septiembre de 1971 y se retiró el 09 de abril de 1979, a partir de ese momento inició su vínculo laboral en el sector privado afiliándose al ISS en pensión. Indicó que al 1°

de abril de 1994 superaba los 45 años de edad y cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas. Refirió que el 03 de marzo de 2009 cumplió 60 años de edad, por lo que el día 23 de junio de 2009 solicitó ante el ISS, hoy COLPENSIONES, la pensión de jubilación, petición que fue contestada negativamente mediante Resolución No. 0183333 del 22 de junio de 2010, bajo el argumento que sólo registraba 809 semanas cotizadas, «*por cuanto existen periodos no cancelados y otros cancelados extemporáneamente sin que se haya pagado el interés respectivo*», por lo cual, no cumplía el mínimo de 1175 semanas de que trata el artículo 9 de la Ley 100 de 1003. Adicional a esto, se le indicó que el tiempo laborado en la POLICIA NACIONAL no puede ser tenido en cuenta para reconocer la pensión en los términos de la Ley 71 de 1988, además, que sólo cotizó 261 semanas al ISS por lo cual no le era aplicable el Acuerdo 049 de 1990 y que podía seguir cotizando para cumplir los requisitos o solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión; frente a dicha decisión interpuso los recursos de reposición y apelación. De igual manera mencionó que el 17 de febrero de 2012 solicitó a la demandada el cobro ante la POLICÍA NACIONAL del bono pensional, la adición del tiempo allí prestado y una vez ocurrido ello, se pronunciase sobre la pensión. En ese orden, menciona que COLPENSIONES confirmó la decisión inicial dando cumplimiento a una acción de tutela que debió impetrar. De otra parte, señaló que el 10 de junio de 2012 hizo solicitud de reconocimiento a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siéndole reconocida el 09 de septiembre de 2013. Finalmente indicó que según el reporte de semanas cotizadas para el 24 de junio de 2018, refleja un total de 603,29 semanas cotizadas, asimismo, 375 semanas por los servicios prestados a la Policía Nacional y que en la actualidad no goza de pensión alguna y aparece afiliado como beneficiario en sistema de seguridad social en salud (fls. 5 a 11).

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello afirmó que la demanda carece de sustento fáctico y legal, toda vez que no le asiste el derecho al demandante, pues si bien el señor RONCANCIO contaba con 44 años para el 1 de abril de 1994, siendo beneficiario del régimen de transición y cumplió 60 años el 03 de marzo de 2009, no cuenta con 20 años de servicios o 1.029 semanas en los términos de la Ley 71 de 1988, sin que haya evidencia que los tiempos efectivamente cotizados desde el 1 de febrero de 1972 al 30 de abril de 2012 sea superior a las 977,86 semanas efectivamente cotizadas. De esta manera el demandante no cumple con el requisito para obtener el status

pensional, agregando que el 9 de septiembre de 2013 se procedió a realizar el pago de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, circunstancia que satisface la obligación de COLPENSIONES. Propuso las excepciones de «inexistencia de la obligación», «improcedencia de los intereses moratorios», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (fls. 55 a 66).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de junio de 2020, absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, expuso en síntesis, que si bien el actor en principio resulta beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón a la edad, el cual conservó a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 por contar con más de 750 semanas, incluyendo el periodo laborado en la Policía Nacional, y en tal sentido el actor estaba cobijado por la Ley 71 de 1988, empero, señaló que sólo se acreditan 977.86 semanas, las cuales resultan inferiores a los 20 años requeridos para ser beneficiario de la prestación en los términos de la Ley 71 de 1988. Agregó que de tenerse en cuenta las semanas cotizadas en su condición de estudiante de la Policía Nacional, sumaría cinco (5) meses adicionales, equivalentes a 21.75 semanas, para un total de 999.31 semanas igualmente inferiores a las exigidas en la norma, dado que ello equivale 6.995.17 días, siendo necesarios 7.200 días, que equivalen a 20 años de servicios. Asimismo, señaló que bajo ese entendido el actor tampoco cumple los requisitos contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que también permite la acumulación de tiempos públicos y privados.

APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, inconforme con la decisión la apeló, argumentando que la Ley 71 de 1981 exige 20 años de cotización, las cuales reúne efectivamente el actor, pero a su juicio se comete un error al realizar los cómputos de la historia laboral, porque no se cuenta la totalidad de los días especialmente para algunos periodos de 1995 y algunos otros, dado que hay meses de 31 días y sólo se suman 30, lo que conlleva a que se le descuente un total de 44.71 semanas laboradas. Aunado a ello, no se tienen en cuenta 61.81 semanas que responden a periodos en mora del empleador; así mismo no se tiene en cuenta las 375 semanas laboradas en

la Policía Nacional, de ser así, se obtendría un total de 1.041.70 semanas cotizadas, que convertidas a días arrojan 7.291.95 días, equivalentes a 20.25 años de servicio. En tal sentido, concluye que el demandante es beneficiario de la pensión aquí solicitada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto COLPENSIONES como la parte actora presentaron alegatos de conclusión, la primera solicitando la confirmación de la sentencia y a contario sensu el accionante, en procura de la revocatoria y que se profiera sentencia condenatoria en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar en primer lugar, si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación por aportes, consagrada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1998, verificando si hay lugar a tener en cuenta algunos aportes calificados por la accionada con mora patronal y si hay lugar a contabilizar los periodos de cotización, especialmente aquellos sufragados a partir del año 1995, teniendo cuenta 365 al año.

CONSIDERACIONES.

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra como hechos probados y fuera de discusión, que el demandante nació el 03 de marzo de 1949, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y Registro Civil de nacimiento (CD folio 67); que el 23 de junio de 2010 solicitó ante el ISS, hoy COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada por medio de Resoluciones No. 018333 del 22 de junio de 2010 (folios 12-13) y GNR 230334 del 09 de septiembre de 2013 (Fls. 28 a 32), bajo el argumento de que, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición, el actor no cumplía con ninguna de las normativas aplicable en materia de pensión, esto es, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 758 de 1990, de igual modo tampoco acreditaba los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. De igual modo, se evidencia que en el aludido acto administrativo se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

De igual manera, debe anotarse que en el expediente se encuentra acreditada la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, pues como ya se indicó, nació el 03 de marzo de 1949, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 45 años de edad, como lo exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como que a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo No. 1 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), contaba con más de 750 semanas o su equivalente en servicios, para pensionarse con el régimen anterior hasta el año 2014. En igual sentido se encuentra acreditado el requisito de 60 años, exigido por la mencionada Ley 71 de 1988, en razón a que cumplió dicha edad, el 03 de marzo de 2009.

Frente al requisito de los veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, debe decirse, que obra en el expediente la constancia de empleador público, concretamente de la Policía Nacional, entre el 01 de febrero de 1972 y el 04 de abril de 1979, con lo cual obtiene el demandante un total de 2.625 días, que se traducen a su vez en 375,00 semanas tal como se indica en la historia laboral como *resumen de tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES* (folios 68 a 75), más las que se encuentran incluidas y cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, hasta abril de 2012 por 602 semanas, para obtener así 977,86 semanas, que equivalen evidentemente a menos de los 20 años de aportes exigidos por la norma en comento.

No obstante lo anterior, arguye el recurrente que la contabilización de dichos periodos es errada y, además, no se tienen en cuenta algunas semanas registradas con mora por parte del empleador.

Sobre este último aspecto, debe precisarse de manera preliminar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que

ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

De otro lado, se precisa que para la contabilización del requisito de tiempos de servicios, se encuentra vigente el criterio de la jurisprudencia ordinaria laboral de computar 360 días por año para efectos de tiempos laborados en el sector público (CSJ sentencia de 22 jul. 2009 rad. 35402, CSJ SL3794-2015, CSJ SL2873-2018, CSJ SL631-2020 y CSJ SL2096-2020, entre otras), línea en la cual ha precisado el Alto Tribunal que las cotizaciones al sistema de seguridad social deben contarse teniendo en cuenta que las semanas aportadas corresponden a 7 días, los meses a 30 días y los años a 360 días, razón por la cual la tesis del recurrente en este puntal aspecto no resulta de recibo para la Sala.

En aplicación de la iusteoría que antecede, se procede a revisar la historia laboral y los tiempos de servicios certificados a fin de determinar a ciencia cierta el número de semanas cotizadas por parte del demandante. Al efecto COLPENSIONES no tiene en cuenta en la historia laboral las semanas correspondientes a los ciclos de noviembre y diciembre de 1993 y enero a diciembre de 1994 con el empleador *SEGURIDAD MEDINA MENDEZ LTD* por aparecer en el detalle de pagos *«Período en mora por parte del empleador»*; frente a estos se evidencia en la historia laboral tradicional aportada con el expediente administrativo en medio magnético (fl. 67), novedad de ingreso con dicho empleador el 20 de octubre de octubre de 1993 y sólo

se pagaron los respectivos 11 días de ese periodo, en los períodos sucesivos únicamente sólo se reportan cambios de salarios y no se registran pagos hasta el 31 de diciembre de 1994, fecha para cual se registra la novedad de *«cambio de sistema»*, sin que exista indicio alguno que en efecto esos períodos hayan sido efectivamente laborados por el demandante para que de allí haya nacido la correlativa obligación de cobro por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, por tal motivo no es posible tenerlos en cuenta.

Ahora bien, con posterioridad al año 1994 se observa que existen algunos periodos en los cuales existen reportes por parte del empleador, pero no se cotizan los días completos, los cuales sí deben ser tenidos en cuenta para los efectos pensionales aquí perseguidos, pues es claro que no existe motivo alguno para no tenerlos en cuenta, al ser evidente que sí fueron laborados, tales como el periodo 1997-11 que reporta 23 días y sólo se cotizan 9, el periodo 1998-12 que reporta 30 días y sólo se tiene en cuenta 28 días; los ciclos de junio a agosto de 2005 también reportan completos los 30 días pero no se tienen en cuenta, incluso cuando se reporta que se verificó pago es *recibido por sentencia judicial*. En ese orden, una vez contabilizados dichos ciclos con los demás admitidos por COLPENSIONES arroja un total 997,43 semanas cotizadas en toda su vida laboral. De igual modo, se advierte que, aunque el actor sostiene que se vinculó a la Policía Nacional desde el 01 de septiembre de 1971, lo cierto es que el certificado de información laboral expedido por esa institución únicamente da cuenta de la vinculación a partir del 01 de febrero de 1972, por ello no es posible adicionar o sumar ese tiempo que se indica en la demanda.

Se itera que para tales efectos se tuvo en cuenta que la contabilización de semanas con posterioridad al 31 de diciembre de 1994 se efectuó conforme al criterio de los 360 días al año, ello teniendo en cuenta, que en todo caso COLPENSIONES contabiliza las semanas antes de esa fecha por 365 días al año. Ahora, si se admitiese que deben contabilizarse los años por un total de 365 días para todo el tiempo cotizado, habrían de tenerse igualmente los años de servicios requeridos para la causación de la pensión por igual número de días, lo que llevaría a concluir que esos 20 años se traducen en 1.043 semanas pues 20 años de 365 días equivalen a 7300 días que equivalen a 1.042,85 semanas, cada una de 7 días, por lo que tampoco alcanzaría los 20 años de aportes requeridos, en la medida en que tan solo se tendrían como acreditadas 1.001,43 semanas, que teniendo en cuenta años de 365 días, matemáticamente equivalen a 19 años, 2 mes y 10 días.

Así pues, el reconocimiento pensional en los términos solicitados por la parte actora, con fundamento en lo descrito en el artículo 7º de la Ley 71 1988 de 1990 no tiene vocación de prosperidad, tal como lo dedujo el juez a quo. Ahora, se precisa igualmente que es viable revisar si hay lugar al derecho pensional reclamado con fundamento en la norma aplicable al caso, sin que ello implique vulneración al debido proceso y/o derecho de defensa de la entidad aquí demandada, así como el principio de consonancia (CSJ sentencias SL12059 de 18 jun. 2014 rad. 45491, SL13260 y 13750 de 30 sep., SL14773-2017 y 7 oct. 2015 rads. 47427 y 46196), por lo que es dable igualmente revisar si el actor satisfizo los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990, en su artículo 12, lo cual resulta viable incluso sumando los tiempos públicos y privados laborados por el demandante (CSJ SL2557-2020).

Pese a ello, se evidencia que el demandante en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, sólo registra 403,14 semanas, cuando la norma en cita requiere de 500 semanas, de igual manera ocurre con el requisito de las 1.000 semanas en cualquier tiempo, dado que como se vio sólo se tienen como válidamente cotizadas un total de 997,43 semanas, lo que igualmente da al traste con el derecho pensional bajo esa normativa, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, la pensión de vejez del demandante debe sujetarse al cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 con todas sus modificaciones, sin embargo, en el caso particular no se satisface lo establecido en su artículo 33 por no contar con por lo menos 1.150 semanas para el año 2009 o las 1.225 para el año 2012 cuando efectuó su última cotización, mucho menos las 1.300 exigidas con posterioridad al año 2014.

Las razones anteriores son más que suficientes para CONFIRMAR la sentencia impugnada en los términos antes expuestos. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia

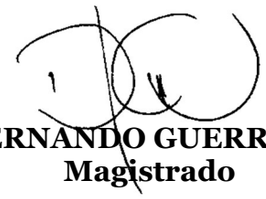
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

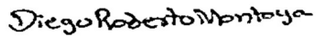
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por EDELMIRA ARIAS CARRANZA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Rad. 1100131-05-038-2019-00580-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **EDELMIRA ARIAS CARRANZA,** pretende se declare es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que acredita más de 1.100 semanas cotizadas, cumpliendo con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 y como consecuencia de lo anterior, se le reconozca y pague la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 a partir del 1 de abril del 2012, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo extra, ultra petita y costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que mediante Resolución SUB 100311 del 27 de abril de 2019, Colpensiones negó la pensión de vejez por tener cotizadas solamente 734 semanas; que revisado el reporte de semanas acredita más de 1100 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y por ser beneficiaria del régimen de transición según lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se le debe aplicar en su totalidad el Decreto 758 de 1990, artículo 12 para acceder a la pensión de vejez. Mencionó haber nacido el 1º de abril de 1957; solicitó a Colpensiones revisar y verificar el total de semanas cotizadas, por cuanto el Ministerio de Hacienda ordenó el pago de acreencias laborales entre ellas salud y pensión por parte del

Hospital San Juan de Dios al hoy Colpensiones y que aparece reportada por los periodos desde el 1° de enero de 1994 hasta el 14 de junio del 2005; que por fallo de tutela contra el ISS y la Fundación San Juan de Dios, el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá del 8 de noviembre de 2004, ordenó al Seguro Social que prestara atención en salud a la accionante. Por último, indica que cumple con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto a julio del 2005 tenía más de 750 semanas cotizadas (Fls. 2 a 6 y 40 a 44).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLOPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que pese a cumplir uno de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la demandante no cumple con los parámetros que se contemplan en el acto legislativo 01 de 2005 para continuar siendo beneficiaría del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014. Por otro lado, explicó que el empleador ni siquiera realizó el registro de afiliación de la demandante, por lo que, de no existir la mencionada afiliación, la entidad no puede ejercer una acción de cobro ni liquidación de deuda por aportes, porque no ha sido informado de la existencia del vínculo laboral. Mencionó igualmente que la demandante logró acreditar 734.71 semanas cotizadas por lo que el régimen de transición no se hizo extensivo a 31 de diciembre de 2014. Aunado a ello, sostuvo que la demandante no cumple con los requisitos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ya que no acredita las 1300 semanas requeridas por la norma para acceder a la pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «innominada» y «buena fe» (Fls. 49 a 52).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de junio de 2020, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal conclusión, considero el a quo si bien la accionante en razón a la edad, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es que para el 25 de julio de 2005 sólo contaba 677.42 semanas de cotización, por ello, en los términos del acto legislativo 1 de 2005 no se podía hacerle extensivos los beneficios del régimen de transición como se reclama en la demanda, razón por la cual no le resultaban aplicables las previsiones del régimen de transición hasta el año 2014 teniendo en cuenta la fecha de cumplimiento de edad de la actora.

Por otro, lado indicó que la resolución emitida por el Ministerio de Hacienda no se ajusta a lo señalado por parte de la actora, por cuanto la decisión de la administración fue ordenar un giro para dar cumplimiento a la obligación ordenada en ordinal 10 de la sentencia SU-484 de 2008, y para ello, verificada la historia laboral de la accionante, se acreditan tiempos de servicios por cuenta de la Fundación Hospital San Juan de Dios solamente desde el 1 de enero de 1994 y hasta el 31 de octubre de 2001, fecha para la cual la Corte Constitucional en dicha sentencia de unificación determinó que era el extremo final para todas vinculaciones laborales de quienes había prestado sus servicios en esa entidad, por lo cual, en concordancia con la mencionada sentencia no era procedente acceder a las pretensiones de la demanda encaminadas a contabilizar tiempos de servicios a partir del 1 de noviembre de 2001 y hasta el 14 de junio de 2005 en la forma reclamada en la demanda. Indicó también que en el fallo de tutela instaurado por la aquí demandante no se hace alusión que el vínculo que unió a la demandante con la fundación hubiere subsistido con posterioridad al 1° de noviembre de 2001, inclusive al 15 de junio de 2005, como para verificar las cotizaciones adicionales por esos tiempos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, que si bien es cierto por medio de Resolución 100311 del 27 de abril de 2019 Colpensiones le negó la pensión de vejez por contar con 734 semanas, también lo es que mediante resolución del Ministerio de Hacienda se ordenó un pago a los trabajadores de la Fundación San Juan de Dios del 1° de noviembre de 1994 hasta el 14 de junio de 2005, además de existir jurisprudencia respecto a los periodos de mora desde el 2001 hasta el 2005 a pesar de la sentencia de unificación de la Corte; indica que de acuerdo al fallo de tutela que ordenó al seguro social la atención de salud a su poderdante, se puede suponer que al haber salud tenía que haber pensión conjuntamente y esto es así de acuerdo a las sentencias que obran en el plenario. Por último, manifiesta que la señora Edelmira Carranza Arias cumple con lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005 por contar con más de 750 semanas cotizadas a 1 de julio de 2005.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones. La parte actora en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de

primera instancia. COLPENSIONES, por su parte en procura de que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, de ser afirmativo, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Que la demandante nació el 01 de abril de 1957, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía vista a folio 12, hecho corroborado además en resolución expedida por la demandada COLPENSIONES al resolver la solicitud pensional de la actora. Ello indica que la demandante cuenta a la fecha con 63 años de edad.

- Que mediante Resolución SUB 100311 del 27 de abril de 2019, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, argumentando esencialmente que ésta no configuró el derecho pensional a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (folios 8 a 10).

Es claro entonces que el eje central del presente litigio radica en determinar, en primer término, si a la actora le asiste derecho a la pensión de vejez que en su momento consagró el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del año ídem, teniendo en cuenta para ello los presuntos períodos de cotización comprendidos entre los años 2001 y 2005, tal como lo exige el apoderado de la parte actora en el recurso de alzada.

De lo antes enunciado y del contenido literal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no hay duda que la demandante al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, lo que de contera la hace beneficiaria de dicho régimen transitivo, pero ello no implica que haya consolidado derecho pensional alguno, tal circunstancia únicamente le garantiza conservar las expectativas legítimas que traía con el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, conforme lo indican las pruebas arrimadas al proceso, específicamente la Historia Laboral, los requisitos para adquirir la Pensión de Vejez se debe regir por las normas inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia de la

Ley 100 de 1993, y en este caso por haber efectuado sus cotizaciones al ISS es viable el estudio de la pensión conforme a los reglamentos de dicho instituto, en este caso el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, como se solicita por parte de la accionante.

Antes revisar los requisitos contenidos en la disposición en cita, es preciso indicar que el parágrafo 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que «*El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014*».

Bajo esta normatividad se desmontó el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se condicionó su extinción y excepcional aplicabilidad al cumplimiento de determinados requisitos. De esta forma en concreto, para seguir beneficiándose del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, la demandante debe cumplir con las condiciones que estableció el parágrafo 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que impuso las siguientes reglas:

1. Como regla general el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, término que no cobijaría a la demandante, en el entendido de que cumplió la edad para pensionarse (55 años de edad) el día 01 de junio de 2012.

2. Excepcionalmente, se extendió su aplicación hasta el año 2014, a aquellos afiliados que al 29 de julio de 2005, hubieren cotizado más de 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio, aspecto que tampoco cumple la demandante, pues de acuerdo a la historia laboral obrante en autos, tenía al momento de entrar en vigencia el referido Acto Legislativo un total de 677.42 semanas (CD folio 54). Tal hecho implica que no conservó el régimen de transición al menos hasta el 31 de diciembre del año 2014.

En consecuencia, la demandante no tiene derecho a que se le siga aplicando el régimen de transición y para adquirir la pensión de vejez debe sujetarse al cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 con todas sus modificaciones, sin embargo, en el caso particular no se satisface lo establecido en su artículo 33 por no contar con por lo menos 1.300 semanas para el año 2017 cuando efectuó su última cotización, sólo se registran 734,11 semanas.

Desde luego que no es de recibo lo planteado en la alzada en el sentido de sumar o tener en cuenta los presuntos tiempos laborados entre los años 2001 a 2005, en virtud de la

Resolución 2258 del 06 de agosto de 2010 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cumplimiento de la Sentencia de Unificación SU – 484 de 2008, pues en sentir del apelante, dicho acto administrativo reconoce el periodo desde 1994 hasta el 14 de junio de 2005; no obstante, no se tiene en cuenta por parte de este extremo procesal que en la mencionada sentencia, la H. Corte Constitucional dispuso que *«En relación con el establecimiento de la Fundación San Juan de Dios,* ***HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS****, la Corte Constitucional DECLARA que quedaron terminadas el 29 de Octubre de 2001. Todas las relaciones de trabajo vigentes para esa fecha que hayan tenido como causa un contrato de trabajo o un nombramiento y posesión; y que se regían respectivamente por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas complementarias – incluida la ley 6 de 1945- ó por la ley y el reglamento»*; y *«En relación con el establecimiento de la Fundación San Juan de Dios, INSTITUTO MATERNO INFANTIL, la Corte Constitucional DECLARA que quedaron terminadas entre agosto y diciembre de 2006, acorde con la fecha determinada en cada una de ellas…»*.

En tal sentido, son dos situaciones diferentes las que se desprenden de lo allí declarado, por un lado, las vinculaciones laborales del HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS que culminaron el 29 de Octubre de 2001, caso que es el de la hoy demandante; y por otro, el de los trabajadores del INSTITUTO MATERNO INFANTIL que finalizaron entre agosto y diciembre de 2006; y como no se demostró que la actora estuviere en este último evento, como empleada del referido instituto, es dable colegir, incluso con lo narrado en la demanda, que lo expuesto en la alzada en tanto la demandante fue trabajadora del Hospital San Juan de Dios y no del Instituto Materno Infantil sea la que se evidencia en autos, de ahí que su vinculación laboral estuvo vigente hasta el mes de octubre de 2001, lo cual es coincidente con lo descrito en la historia laboral de la demandante, en la medida que en esa data se efectuó la última cotización de la actora por parte del Hospital.

En ese orden de ideas no es procedente sumar las semanas indicadas por el recurrente, desde luego que las acciones de tutela referidas por el accionante (fls. 19 a 26) nada refieren sobre la situación laboral y/o pensional de la demandante; siendo las razones anteriores, más que suficientes para CONFIRMAR la sentencia impugnada en los términos antes expuestos.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

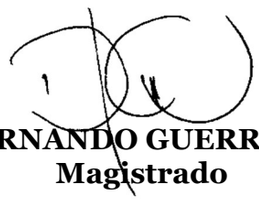
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

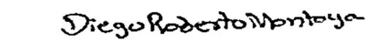
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BEATRIZ DEL CARMEN LORA TORRES contra LA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Rad. 110013105-029-2019-00452-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **BEATRIZ DEL CARMEN LORA TORRES** pretende se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, omitió realizar la indexación de los salarios que sirvieron de base para efectos de obtener el valor de la primera mesada de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida por el fallecimiento de su cónyuge ANTONIO MARIA OSORIO PIEDRAHITA (Q.E.P.D.); además, que se condene a la indexación de los salarios que sirvieron de base para liquidar dicha mesada pensional, al perder su valor adquisitivo por efectos de la devaluación de la moneda, es decir, los salarios comprendidos entre el 6 de octubre de 1986 y el 1 de enero de 1993, junto con sus respectivos incrementos anuales a partir del 06 de febrero de 1993. Se condene al pago del retroactivo por las diferencias generadas por concepto de reliquidación teniendo en cuenta la fórmula de indexación prevista por Constitución y la ley; así como los reajustes anuales de las

mesadas pensionales, la indexación de las condenas, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló haber nacido el 27 de julio de 1951 y que el 06 de febrero de 1993 falleció su cónyuge el señor ANTONIO MARÍA IGNACIO PIEDRAHITA, por lo cual el día 23 de abril de 1993 solicitó en tal calidad el reconocimiento a la pensión de sobreviviente ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS, el cual mediante Resolución N° 003327 del 26 de mayo de 1993, se la concedió. Precisó que los salarios que sirvieron de base para liquidar el valor de la mesada pensional otorgada correspondieron a los registrados en la historia laboral del señor Antonio María Ignacio Piedrahita entre el 6 de octubre de 1983 al 1 de enero de 1993, es decir, las últimas 100 semanas que cotizó, de conformidad con lo establecido en el parágrafo primero del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, sin actualizar los salarios a 1993. Que el IBL sobre el cual se liquidó la mesada pensional fue de $166.886.86, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 51.00%, liquidación que se basó en 642 semanas cotizadas. Que dicha prestación se reconoció a partir del 06 de febrero de 1993, con una mesada pensional de $85.112. Señala además, que la pensión de sobrevivientes se distribuyó en un 50 % a la señora Beatriz del Carmen Lora Torres y el otro 50% en sus cuatro (4) hijos en partes iguales. Que el día 12 junio de 2018 radicó solicitud de reliquidación de la pensión de sobrevivientes actualizando los salarios que sirvieron de base para liquidar la mesada pensional de la demandante; no obstante, la misma fue respondida en forma negativa según Resolución SUB 207677 del 03 de agosto de 2018, indicándosele entre otros apartes que la prestación arrojaba la suma igual a un a SMLMV por lo que no había lugar a su modificación, decisión que fue confirmada en sede de reposición y apelación. Sostiene que el salario base promedio indexado a la fecha de su status, es decir, 06 de febrero de 1993, corresponde a la suma de $658.571, al cual aplicándole la tasa de reemplazo de 51.00%, se obtiene una mesada pensional de $335.871, suma que incrementada al año 2019 asciende a $2.765.621. En ese sentido, concluye que el error cometido por el Subdirector de Determinación, y la Directora de Prestaciones Económicas, afecta su derecho a que a la pensión se le indexe el valor de la primera mesada y el derecho a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensiónales, como quiera que rompe con la proporción entre el valor histórico de la pensión y su valor actual y esta circunstancia tiene como consecuencia la afectación a su mínimo vital (Fls. 43 a 50).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda solicitando se le absuelva de todos los cargos

formulados contra ella, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello manifestó que la pensión reconocida se ajustó a derecho de conformidad con las reglas aplicables al valor mínimo o máximo de la pensión según corresponda vigente para la fecha de efectividad por lo cual la suma será de $644.350; que en el presente caso se dio aplicación al segundo inciso del parágrafo primero del artículo 46 de la ley 100 de 1993 por lo cual se efectuó la liquidación con el 51.00% sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el asegurado entre el 6 de octubre de 1986 y el 1 de enero de 1993 conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. A partir de lo anteriormente enunciado procedió realizar la liquidación de la prestación reconocida de la siguiente manera: IBL 1.145 .616 x 51=584.264. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa título para pedir», «cobro de lo debido», «buena fe», «declaratoria de otras excepciones» y «prescripción» (Fls. 58 a 62).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 27 de febrero de 2020, condenó a COLPENSIONES a indexar el IBL de la pensión reconocida a la demandante en la suma de $616.311, y en consecuencia, reliquidar la pensión a partir de la fecha de su reconocimiento –6 de febrero de 1993, en la suma de $ 314.319 a la que se le deberán efectuar los reajustes legales anuales; declaró probada la excepción de prescripción del retroactivo causado con anterioridad al 12 de junio de 2015 y condenó a la demandada a pagar la suma correspondiente al valor de la diferencia del retroactivo pensional que se haya causado a partir del 12 de junio de 2015 indexado, de conformidad con el IPC certificado por el DANE.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que la pensión que disfruta la demandante fue reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 normativa que no contemplaba el término IBL; frente a la indexación y/o actualización de la base salarial de la primera mesada indicó que conforme al criterio jurisprudencial vigente se deben indexar todas las pensiones, incluso las reconocidas con anterioridad a la Constitucional Política de 1991. En ese sentido, explicó que se debía verificar si los salarios base de la prestación fueron debidamente actualizados conforme a la fórmula vigente establecida por la CSJ SL, concluyendo que en efecto, conforme a las liquidaciones efectuadas, se encontró un promedio de $616.311, que al aplicar como tasa de remplazo del 51%, arrojaba una pensión igual a $314.319 superior a la concedida por el ISS y por ello debía reajustarse en dicho valor. En cuanto a la

excepción de prescripción, precisó que conforme al artículo 151 del CPTSS en concordancia con los artículos 488 y 489 del CST, debía declararse probada parcialmente, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue presentada el 12 de junio de 2018, frente a los reajustes causados con anterioridad al 12 de junio de 2015. Además el retroactivo debía indexarse en virtud del fenómeno devaluativo de la moneda.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante, inconforme parcialmente con la decisión interpuso recurso de apelación indicando que existe una diferencia con su liquidación particular, en la cual, la mesada pensional era superior, de tal modo que solicita se revise la liquidación del Ingreso Base de Liquidación para obtener una mesada más alta que la concedida.

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando que se revise la decisión toda vez que actuó de buena fe y de acuerdo a la jurisprudencia aplicable al caso realizando una liquidación del 51% y que realmente no es viable actualizar la base salarial del demandante; que no se encontró documentación adicional que permitiera realizar esta solicitud reclamada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si es procedente la indexación de la primera mesada pensional de la demandante de conformidad con lo reglado por el Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, es necesario indicar que se acreditó en el proceso que el extinto ISS, con ocasión del fallecimiento del señor ANTONIO M. OSORIO PIEDRAHITA reconoció en favor de la demandante y sus tres hijos, una pensión de sobrevivientes mediante la Resolución No. 003327 del 26 de mayo de 1993, toda vez

que el causante dejó configurados los requisitos legales contemplados en el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, específicamente por haber cotizado 642 semanas en cualquier época; la cuantía inicial ascendió a la suma de $313.344 la cual fue dividida en un 50% para la demandante ($156.672) y el otro 50% se repartió entre los tres hijos de la actora ($39.168), prestación efectiva a partir del 06 de febrero de 1993 (fl. 9 y 10).

Ahora bien, en cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, debe tenerse en cuenta que la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012, de manera enfática zanjó cualquier tipo de controversia, respecto de la aplicación de la indexación sobre mesadas pensionales, al señalar que la misma es aplicable a todas las pensiones, incluso a aquellas que fueron reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la medida que sí no se procede conforme se señaló, se presentaría una vulneración de los principios constitucionales que integran la seguridad social. Criterio que igualmente fue adoptado por la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicación 41852, ello, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afectaba a todas por igual y al referirse respecto de lo indicado por su homóloga Constitucional (Ver entre otras muchas la CSJ SL5152-2018).

Ahora bien, mediante las sentencias CSJ SL4462-2019 y CSJ SL3283-2019, el Alto Tribunal indicó que es improcedente la indexación de la primera mesada pensional ***(i)*** cuando la **prestación se comienza a disfrutar al día siguiente del retiro del servicio**, bajo el entendido que el ingreso base de liquidación de la pensión no ha sufrido la pérdida del poder adquisitivo y no ha transcurrido tiempo entre la terminación del vínculo y el disfrute de la prestación y, ***(ii)*** también es **improcedente aplicar la indexación de los salarios base de cotización de las pensiones de vejez regidas íntegramente por el Acuerdo 049 de 1990**, lo cual fue orientado en sentencias CSJ SL6613-2017, CSJ SL 41852, 30 ago. 2011, CSJ SL 629-2013, CSJ SL13183-2015 y CSJ SL15680-2015, entre otras muchas.

En efecto, frente a este último aspecto, en un principio la Corte Suprema de Justicia dejó estatuido que la indexación de la primera mesada si bien era aplicable para las pensiones reconocidas a partir de la Constitución Política del 1991, porque se había extendido dicho privilegio frente a aquéllas de origen extralegal, lo cierto es que se hacía palmario que la discusión ahora se dirigía en determinar si era aplicable la actualización de los salarios que sirvieron de base para la liquidación de las pensiones de origen legal reconocidas por el extinto I.S.S.

De hecho, la Corte en la sentencia ya citada, al resolver tal interrogante, señaló que la referida indexación de la primera mesada no era aplicable frente a las pensiones de vejez concedidas por el I.S.S. bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, y resaltó:

> *«El artículo 20 de la misma norma regula la forma de obtener el salario mensual de base multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas».*
>
> *Al punto, esta Corte en sentencia CSJ SL, del 6 de jul. 2011, rad. 39542, asentó:*
>
> *"La discusión se contrae a determinar si es viable la actualización de las cotizaciones efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, de la manera como lo hizo el Tribunal, esto es, en aplicación de la sentencia 29022 de 2007.*
>
> *El artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al sub lite dispone su fijación (…) En ese orden, la Corte encuentra equivocado el alcance que dio el ad quem a la jurisprudencia que aplicó para resolver el asunto debatido, toda vez que en este caso la prestación está a cargo del ISS, con sustento en lo dispuesto en el citado artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, distinto del caso al que se refirió el juzgador y a los demás que ha juzgado la Sala, en los que se ha analizado es el salario devengado por el trabajador.*
>
> *Así las cosas, no era posible imponer al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones entre la fecha en que cesó el actor sus aportes y la del cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues el afiliado podía seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia". (…)*
>
> *(…) Por último, debe dejarse por sentado que el Juez de alzada no incurrió en violación alguna de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, norma posterior que no regían la situación deprecada, y que en las voces del artículo 16 del CST el efecto de la ley en el tiempo prohíbe la retroactividad de las leyes laborales y sociales que además son de orden público».*

Como allí se indica, la línea jurisprudencial citada se ha mantenido en la actualidad, en entre otras, en las sentencias recientes CSJ SL945-2019, que reitera la CSJ SL16727-2015, CSJ SL8306-2017, CSJ SL1186-2018 y CSJ SL5152-2018, así como la CSJ SL4016-2019, CSJ SL1186-2018 y CSJ SL3132-2019, refiriendo:

> *«Sobre el particular, en sentencia SL736-2013 esta corporación, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) que cualquier diferencia al respecto resulta injusta y contraria al principio de igualdad.*
>
> *La única excepción que esta sala ha planteado, en cuanto a la indexación de la base pensional, está plasmada, entre muchas otras, en la sentencia SL4731-2018, según la cual:*
>
> *[…] las pensiones reconocidas por el ISS con base en sus propios reglamentos, no son susceptibles de actualización, por cuanto estos mismos regulan lo concerniente a la determinación del monto pensional a partir de los aportes realizados en el*

periodo allí señalado, mientras que la indexación se concede a partir de la necesidad de poner en valor presente el monto de los salarios devengados que perdieron poder adquisitivo como consecuencia del transcurso del tiempo entre la fecha en la que fueron pagados y su inclusión como base salarial para determinar el monto de la pensión.

Así las cosas, y salvo esa puntual salvedad, la tesis de esta corporación sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991. Su respaldo encuentra soporte en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del CST».

Entonces, si bien es cierto que se viene defendido la aplicación de la indexación de la primera mesada, también lo es que, en dichas decisiones, en su mayoría, refieren a pensiones de jubilación concedidas con fundamento en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo del empleador (CSJ SL2146-2017, CSJ SL4982-2017, CSJ SL14488-2017, CSJ SL2598-2018, CSJ SL466-2019 y CSJ SL2589-2019).

Decantado lo anterior y teniendo en cuenta que en el caso concreto la demandante pretende la indexación de la primera mesada pensional, conforme a la jurisprudencia aplicable al caso, resulta improcedente la indexación del salario base de cotización de dicha pensión por sobrevivencia, la cual está regida íntegramente por el Acuerdo 049 de 1990, toda vez que la misma norma en su artículo 20 regula la forma de obtener el salario mensual de base.

Así las cosas, la pretensión enmarcada en dicho fundamento no podrá ser aplicable en este caso y, por lo tanto, debe revocarse la decisión de primera instancia. Así se determinará. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia correrán a cargo de la parte actora.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

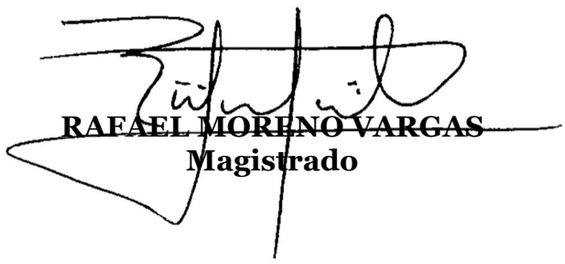
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER A COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

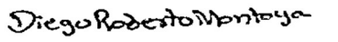
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS ALFREDO QUINTANA NARANJO contra PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES TELECOM Y LAS TELEASOCIADAS – PAR Rad. 110013105-004-2018-00705-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala a surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 09 de junio de 2020 por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en favor del demandante, de conformidad con lo presupuestado en el artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, como quiera que fue totalmente adversa a sus pretensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor **LUIS ALFREDO QUINTANA NARANJO** promovió demanda ordinaria con el fin de que se declare que tiene derecho a la reliquidación del bono pensional con todos los factores salariales que devengó durante el tiempo que laboró en la entidad y que fueron aportados a seguridad social e impuestos, tales como la prima semestral, prima anual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de saturación, prima de antigüedad, bono recargo diciembre y auxilio almuerzo; se ordene la reliquidación del bono pensional con el salario devengado y certificado por la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM, según certificado fechado el día 3 de febrero de 1998, con el salario promedio para junio de 1992 de $168.622; se ordene la indexación de todos los derechos económicos que se reconozcan, intereses moratorios, costas y lo ultra o extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que laboró en la extinta TELECOM, hoy Patrimonio Autónomo de Permanentes – PAR TELECOM, desde el 01 de octubre de 1982 al 30 de mayo de 1994, que mediante Decreto 1615 de 2003 se ordenó la disolución y consecuentemente liquidación de TELECOM; mediante Decreto 4781 de 2005 se suscribió contrato de fiducia mercantil entre la FIDUPREVISORA como liquidadora de TELECOM y Teleasociadas y el Consorcio Remantes conformada por FIDUAGRARIA S.A.; que el día 3 de febrero de 1998 se expidió un certificado de tiempos de servicios para bono pensional No. 0077 mediante el cual se informa que el salario promedio de junio de 1991 a junio de 1992 fue de $618.622; señala que mediante derecho de petición, en marzo de 2004 solicitó ante el PAR TELECOM certificado de tiempos de servicios incluyendo los factores salariales devengados, lo cual fue contestado el 25 de marzo del 2014 con Rad. No. PAR – DS – 52840 donde se remitieron los valores pagados desde el 1° de octubre de 1982 al 31 de mayo de 1994, cuya asignación básica mensual corresponde a $404.545, sin embargo, no reconoció otros factores salariales tales como: prima semestral, prima anual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de saturación, prima de antigüedad, bono recargo diciembre y auxilio almuerzo. Finalmente arguyó que TELECOM realizó la retención en la fuente y pago el 5% a CAPRECOM en salud y pensión de los factores salariales devengados (Fls. 3 a 6 y 81 a 90).

Una vez admitida la demanda mediante auto de fecha 2 de septiembre de 2019 (fol.269), se vinculó como litisconsorcio necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – oficina de Bonos Pensionales (268).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y LAS TELEASOCIADAS – PAR** contestó la demanda con oposición a las pretensiones y solicitó su absolución de los cargos formulados por el demandante, señalando que los factores a tener en cuenta para la expedición del certificado del Bono Pensional están definidos según el Decreto 1158 de 1994, referenciando lo establecido en las sentencias SU – 230 de 2015 y C – 258 de 2013 en esa materia, señala que con anterioridad al 1 de abril de 1994 TELECOM no realizó las cotizaciones a ninguna entidad administradora de pensiones, asumiendo las reservas correspondientes al tiempo laborado durante este periodo. Señalando que el 5% que se les descontaba a los trabajadores era para asumir gastos asistenciales en salud. Así mismo argumentó que, conforme a lo estipulado por la Ley 651 de 2001 reglamentada por el Decreto 2387 de 2001, se suscribió entre TELECOM y el Consorcio FIDUPENSIONES el contrato CVG-033/2003, en el que se estableció la

administración del Patrimonio Autónomo Pensional de Telecom PAP, y que el 30 de diciembre de 2005 se celebró contrato de fiducia mercantil entre Previsora S.A y el consorcio de remanentes TELECOM para la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR, pactándose la transferencia y cesión de los contratos vigentes de las entidades contratantes al PAR. Aunado a lo anterior, refiere que conforme al Decreto 2090 de 2015, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC o quien este designe (el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR) era el responsable del reconocimiento y pago de los bonos pensionales de los ex funcionarios de las extintas TELECOM y TELEASOCIADAS, señalando que en el mismo decreto se establece que los recursos deben de ser suministrados por el Patrimonio Autónomo Pensional PAP, y que con la liquidación del mismo, ni el patrimonio Autónomo de Remanentes PAR, ni el MINTIC, podrían realizar los pagos de estos. Finalmente aclara que, a partir del 2 de agosto del 2018 la Nación a través de las oficina de los Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico darán tramite a las solicitudes de reconocimiento y pago de Bonos Pensionales, según lo establecido en el Decreto 1392 de 2018 que designó la competencia en cabeza de la mencionada cartera. Propuso como excepciones perentorias las de, «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «inexistencia del derecho»; «imposibilidad jurídica para proferir sentencia de fondo contra el consorcio de remanentes TELECOM»; «prohibición legal para que un fiduciario responda con recursos propios por las obligaciones a cargo de los fideicomisos que administra y/o de los fideicomitentes respectivos»; «buena fe» «prescripción»; y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 96 a 105).

La vinculada **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES** contestó la demanda solicitando su desvinculación por no estar inmerso en ninguno de los hechos relacionados en la demanda, ni existir pretensión alguna en su contra, y se declare improcedentes las pretensiones por ser contrarias a derecho y no estar acreditados los supuestos de la ineficacia o nulidad que se pretende; agregando que, el demandante se afilió al RAIS en la AFP SKANDIA (hoy OLD MUTUAL) desde el 1 de junio de 1994. Mencionó que el bono pensional Tipo A al que tiene derecho el demandante, de acuerdo con la liquidación provisional generada por el sistema interactivo, en respuesta a una petición ingresada por la AFP SKANDIA el 5 de enero de 2017 y de conformidad con la historia laboral reportada tanto en COLPENSIONES como en la AFP señalada, concurrirá como emisor TELECOM y como contribuyentes COLPENSIONES y la NACIÓN, cada uno con su respectivo cupón a cargo. Por lo expuesto, sostuvo que al revisar el cálculo actuarial elaborado por TELECOM se estableció que el demandante

está incluido en el mismo, razón por la cual los tiempos laborados a TELECOM serán asumidos por la NACIÓN previa expedición de la certificación laboral que así lo indique, expone que, la fecha de redención normal del bono pensional tendrá lugar el 19 de noviembre de 2022, fecha en la cual el actor cumplirá los 62 años de edad, y que el estado del bono pensional es el de liquidación provisional por lo cual no existe una situación jurídica concreta. Finalmente indica que, la emisión del bono pensional previa certificación laboral que debe de expedir el Patrimonio Autónomo de Remantes –PAR TELECOM y la Teleasociadas en liquidación, solo tendrán lugar en derecho, cuando la AFP OLD MUTUAL la solicite al emisor, autorizada por el beneficiario del bono pensional mediante la aprobación de la liquidación provisional que la AFP presente, así mismo concluye que lo pretendido por el actor no resulta procedente, en el sentido de incluir en la liquidación de su bono pensional factores salariales que no se encuentran previstos en la normatividad aplicable en la materia, Propuso como excepciones de mérito las de «buena fe » y la «genérica» (Fls. 272 a 276).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 9 de junio 2020, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho, absolvió al Patrimonio Autónomo de Remanentes TELECOM y TELEASOCIADAS en liquidación PAR y a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, dio por descontado los hechos relativos a la vinculación laboral del actor con TELECOM, el tiempo de servicios, el cargo desempeñado y los descuentos que se le efectuaron del 5%, los cuales iban dirigidos para gastos asistenciales en salud y realizados a CAPRECOM; así como que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS razón por la cual tiene derecho a un bono pensional tipo A, modalidad II. Frente al salario para la liquidación del bono pensional, señaló que conforme a la normatividad aplicable al caso, el salario base corresponde al que se devengaba a 30 de junio de 1992, más gastos de representación y prima técnica, así como los emolumentos señalados en el Decreto 1833 del 2016, siempre que fueran factores salariales para el empleador en las normas vigentes antes del 30 de junio de 1992. En ese sentido, sostuvo que según la certificación de salarios, relación de pago y comprobante de nómina aportados al plenario, se debía tener en cuenta el salario básico promedio por la suma de $342.434.42, el promedio de bonificación por servicios prestados la suma de $55.832.33, lo cual arrojaba un total de $398.266.75 como salario base del bono pensional, indicando que dicha suma por

concepto de bono pensional es inferior al relacionado por el PAR TELECOM. Aunado a lo anterior, precisó no asistirle razón al actor en la reliquidación del bono pensional, pues este será redimido una vez cumpla la edad de 62 años, y porque la demandada concurre como emisor, que debe de certificar los tiempos laborados, así como el salario a integrar la base conforme a lo dispuesto en el Decreto 1398 de 2018.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto el PAR TELECOM -TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN como el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO solicitaron que se confirme la decisión de primera instancia; la parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación establecer si hay lugar a reliquidar el bono pensional del actor.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que no fue objeto de discusión en el proceso que el demandante laboró al servicio de la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM, desde el 01 de octubre de 1982 al 1° de junio de 1994, aspecto que se verifica por ésta Colegiatura con la certificación obrante a folio 19 y los certificados de información laboral de folios 20 a 39, 195 a 307, 209 a 210 y 233 a 242, cuyos aportes a pensión fueron realizados a la también extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM; de igual modo en dicha certificación se señaló como salario promedio al mes de junio de 1992 la suma de $618.622. También se tiene acreditado que el demandante se encuentra afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS con la AFP SKANDIA, hoy OLD MUTUAL, el 01 de junio de 1994, según se advierte de los documentos obrantes de folios 281 a 285, AFP a la cual se encuentra afiliado actualmente (Fls. 73 a 76).

Para ello, se debe empezar por decir, que en consonancia con la definición traída por el art. 115 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional es instrumento financiero y de capitalización compuesto por los aportes del afiliado a través del cual se hace una proyección de rentabilidad y contabilidad con el fin de financiar a futuro la prestación pensional. Particularmente, proceden cuando hay migración de afiliados entre regímenes lo que conduce a que se deba constituir este instrumento, el cual,

representa la deuda pensional que existe desde el momento en que el afiliado inicia su vida laboral hasta cuando se traslada, pero tienen la virtualidad de mantener actualizada la capacidad de pago de la pensión. Desde esta perspectiva de traslados entre regímenes los bonos pensionales pueden tener la siguiente clasificación:

(i) Bono tipo A: Es el que se genera a favor del afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

(ii) Bono tipo B: A la inversa, es cuando el traslado se da del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

(iii) Los bonos tipo E y C, que corresponden a traslados a regímenes exceptuados, como Ecopetrol y Congreso de la República.

La anterior clasificación tiene relevancia en la medida que según la naturaleza del bono que se cause, tendrá un tratamiento, procedimiento y matiz jurídico diferente.

Así pues, en lo que interesa al proceso, se pasa a explicar el procedimiento para liquidación provisional, emisión y expedición del bono pensional tipo A, para lo cual, se debe indicar que este a su vez se encuentra categorizado por modalidades: en primer término, se encuentra la modalidad 1, que refiere al bono pensional que se expide para aquellos trabajadores cuya primera vinculación válida se suscitó con posterioridad al 30 de junio de 1992, y a contrario sensu, la modalidad 2, corresponde a aquellos trabajadores cuya primera vinculación valida data con anterioridad de la referida fecha.

Precisado lo anterior, el procedimiento de emisión y expedición de este tipo de bono, se puede sintetizar en los siguientes pasos y etapas:

Solicitud de bono pensional y conformación de la historia laboral:

- Una vez recibida la solicitud de bono pensional, se debe proceder a la conformación de la historia laboral del afiliado. En este punto, resulta pertinente resaltar que la misma se construye de la información que suministran los fondos y las entidades administradoras de pensiones. Dicha información se almacena en el sistema interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales, particularmente, la información que alimenta el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, se hace a través de un archivo masivo, herramienta con la cual cuenta esa entidad. De esta manera, si se llegaré a presentar alguna alteración en la información, es la AFP a quien corresponde digitalizar la nueva información en dicho Sistema Interactivo.

Liquidación provisional:

- Conformada en correcta forma la historia laboral, se procede a la realización de una liquidación provisional.
- Para esto, el emisor cuenta con un término de 30 días hábiles, tiempo durante el cual debe corroborar la información de las vinculaciones laborales con los empleadores públicos del afiliado y aquellos que deben contribuir al pago del bono pensional, es decir, que se hace una confirmación de la historia laboral, para que las entidades procedan a la modificación o confirmación de las certificaciones aportadas.
- Es de carácter provisional, en la medida que pueden producirse varias liquidaciones, pues se requiere de la aceptación por parte del afiliado, para que la apruebe.
- De la información se da traslado al emisor para que inicie la liquidación, es decir, que el objetivo principal de esta etapa es dejar en firme lo relacionado con la historia laboral.
- Hecha la liquidación provisional, se tienen 90 días, para que el empleador y las entidades que deban asumir cuotas partes del bono pensional la objeten, razón por la cual, **no constituye una situación jurídica consolidada.** Lo que quiere decir, que pueden presentarse solicitudes de reliquidación con base a hechos nuevos.
- Sólo hasta que se obtiene la aprobación del afiliado y sin que hubiere sido objetada la liquidación provisional, se procede a la expedición del bono, para ello, el emisor cuenta con un mes, y el punto de referencia para tal término es la **manifestación por escrito que haga el afiliado a través de la administradora** de la aceptación del valor que arrojó la liquidación provisional. Para este propósito, el afiliado se debe encontrar inmerso en alguno de los siguientes supuestos: **(i)** haber presentado solicitud de reconocimiento de pensión o indemnización sustitutiva; **(ii)** haya lugar a la devolución de saldos en el caso del RAIS y que **(iii)** el afiliado haya solicitado la emisión del bono a un fondo del RAIS.

Emisión y expedición del bono pensional:

- La emisión del bono pensional se materializa a través del acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, y, por ende, constituye la confirmación de la liquidación provisional (art. 1º Decreto 1513 de 1998).
- Acorde con lo dispuesto en el art. 59 del Decreto 1748 de 1995, el bono pensional quedará en firme a partir del momento en que el primer beneficiario autorice su negociación. Esta particularidad es de especial relevancia, puesto que una vez el bono pensional adquiere firmeza no es modificable o susceptible

de liquidación al margen de las acciones que se puedan promover en contra de quienes hayan suministrado información falsa, y como se explicó en precedencia, como quiera que hay información que se suministra a través del archivo masivo, en caso de que haya lugar a alguna modificación, la misma sólo puede surtirse con el consentimiento del afiliado.

- Defina de esta forma que se entiende por emisión del bono pensional, por otro lado, la expedición ya se trata del momento en que se suscribe el título físico o el ingreso de la información al depósito central de valores

Redención del bono pensional:

El bono pensional tiene dos formas de ser redimido, esto es, su redención normal y la redención anticipada. La redención constituye el momento a partir del cual el bono se hace exigible, es decir, ocurre la contingencia que se ampara, y de ello, depende la forma en que se redima. Dichas contingencias, pueden ser las siguientes: **(i)** cuando el afiliado cumple la edad que se tuvo en cuenta para el cálculo del bono pensional, que es la redención normal; **(ii)** cuando se suscitó la contingencia de muerte o invalidez y **(iii)** cuando haya lugar a la devolución de saldos, siendo estos dos últimos supuestos, la forma de redención anticipada.

Como puede advertirse, el trámite de la emisión de bonos pensionales es complejo. Deben surtirse varias etapas previas, estando dentro las primeras, la liquidación provisional prevista en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, con base en la Historia Laboral que resulta de la información recogida por el emisor, puesta a consideración de contribuyentes y empleadores quienes tienen la posibilidad de objetarla; es la misma que se da a conocer a la Administradora de Pensiones para que por su intermedio haga lo propio con el beneficiario.

En ese sentido, se advierte que en el caso que concita la atención de la Sala NO se han cumplido dichas etapas, al punto que el demandante apenas cumple la edad para la redención ordinaria o normal, el 22 de noviembre de 2022, es decir, aun no se ha agotado el trámite, no se ha expedido el bono pensional tipo A, correspondiente al tiempo laborado a TELECOM y cotizado a CAPRECOM, NO hay una situación jurídica concreta en la que han de agotarse las etapas señalizadas, o al menos, en el plenario no se demostrado tal situación.

De otro lado, es la AFP a quien corresponde realizar todas las solicitudes relacionadas con la expedición de un bono pensional en representación de su afiliado, así lo preceptúa el art. 20 del decreto 1513 de 1998, al indicar:

> *«(…)*
> ***Corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales*** *y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención. Las administradoras estarán obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras o cajas, de tal manera que cuando sean recibidas por el emisor, sólo sea necesario proceder a la liquidación provisional del bono y a la solicitud de reconocimiento de las cuotas partes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52».*

En este orden de ideas, resulta claro que al no haberse expedido el bono pensional no hay lugar a la reliquidación de algo que jurídicamente no se ha concretado conforme a las etapas antes señaladas, lo cual da al traste con lo que se solicita principalmente desde la demanda.

Ahora en gracia de la discusión, debe decirse que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, prevé que para efectos del cálculo del bono pensional se tendrá en cuenta el salario base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992. De igual manera, aunque el artículo 5 literal a) del Decreto 1299 de 1994, indicaba que el salario base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, dicha norma fue declarada inexequible por la Sentencia C-734 de 2005. En tal sentido, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado señalando que el artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 no produjo efectos jurídicos durante el tiempo que estuvo vigente, en la medida que los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, establecían un salario máximo asegurable (Acuerdo 048 de 1989 aprobado por el Decreto 2610), por encima del cual, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones, el cual para el para junio de 1992, ascendía a la suma de $665.070, por lo que si un afiliado devengaba o percibía ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido (Sentencias CSJ SL Rads. 31855 de 2009, 40250 de 201, 38597 de 2013, SL12494-2017, SL17421-2017 y SL1042-2019). En ese sentido, no tendría vocación de prosperidad la reliquidación solicitada, toda vez que, la parte actora aduce como base de la petición que el cálculo del bono pensional debe hacerse conforme a la asignación realmente devengada por el trabajador (fl. 86).

Sumado a lo anterior, se evidencia según los certificados de información laboral, relaciones de pago y comprobantes de nómina aportados al proceso, lo percibido en los 12 meses anteriores al 30 de junio de 1992, conforme a lo dispuesto en el artículo

28, numeral 2, del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto 3798 de 2003, el salario promedio correspondería a un total de $398.266,75 teniendo en cuenta para tal efecto el salario básico y la bonificación por servicios, lo cual, como bien lo indicó la juez a quo, resulta inferior al certificado por el PAR TELECOM por $404.545,63; por lo que bajo esa arista tampoco habría lugar a acceder a una eventual reliquidación de un bono pensional que se insiste, no se ha redimido.

En consecuencia, se confirma íntegramente la sentencia consultada. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia de primera instancia, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BERNARDO LINARES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 110013105-012-2019-00002-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de junio de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **BERNARDO LINARES** pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales desde que cumplió 60 años, esto es, a partir del 14 de diciembre de 2014, junto con la indexación de las mesadas causadas y no pagadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 14 de diciembre de 1954, se encuentra afiliado al ISS desde el 06 de abril 1973 y cotizó hasta el 31 de mayo de 1987 para distintos empleadores un total de 480.28 semanas; sin embargo, Colpensiones, a excepción del tiempo laborado para el empleador Vigilancia Pernos Ltda., no ha querido reconocer que laboró para las demás empresas y cotizó para el riesgo de vejez. Señaló que al 1° de abril de 1994 contaba

con 39 años de edad y además contaba con 754,85 semanas de cotización y al 31 de julio de 2005, fecha en la cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 tenía cotizados 9.418 días. En ese orden, el 28 de agosto de 2012 presentó solicitud pensional ante COLPENSIONES, pero dicha entidad mediante Resolución GNR 225476 del 02 de septiembre de 2013 le hizo saber que aún no contaba con la edad para pensionarse en el Régimen de Prima Media, decisión que fue confirmada en sede de apelación, mediante Resolución VPB 11578 del 12 de febrero de 2015, cuando ya había cumplido 60 años de edad. Agrega que cotizó en toda su vida laboral un total de 1.484,42 semanas entre el 6 de abril de 1973 y el 28 de febrero de 2009 (Fls. 2 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda solicitando se absuelva de todos los cargos formulados en su contra, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello manifestó que si bien el actor cuenta con la edad para acceder a la pensión de vejez, pero no acreditó 500 semanas cotizadas exclusivamente al ISS dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni mil semanas cotizadas en cualquier tiempo, razón por la cual no es procedente el reconocimiento pensional por vejez, toda vez que la transición se entendía aplicable para quienes cumplieron los requisitos antes del 31 de diciembre de 2014. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción y caducidad»; «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo debido», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 41 a 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 04 de junio de 2020, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 18 de diciembre de 2016 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente -SMLMV, autorizando a dicha entidad realizar los descuentos en salud a que hubiere lugar; condenó al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 18 de junio de 2019 hasta el momento de su pago efectivo. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que el demandante no era beneficiario del régimen de transición al no contar con la edad requerida por el art.

36 de la Ley 100 de 1993, además sólo tenía cotizadas las semanas suficientes al 31 de marzo de 1994. Frente a la exclusión de algunos tiempos en disputa no tenidos en cuenta por Colpensiones, precisó, no hay razón alguna para que no deban ser tenidos en cuenta los mismos toda vez que en algún momento sí los tuvo en cuenta como novedades no correlacionales y luego *«por obra y magia de la incorporación documental se eliminen esas semanas y en últimas no exista ninguna actuación administrativa o contable que permita evidenciar»,* razón por la cual consideró que no había razón para que no se tuvieran en cuenta dichos tiempos que equivalen a 459.9 semanas, los cuales sumados a los que sí reconoce COLPENSIONES arrojaban un total de 751.43 semanas al 1° de abril de 1994. De tal modo que no le era posible alcanzar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 14 de diciembre de 2014. No obstante, lo anterior, señaló que sí era procedente el reconocimiento pensional en los términos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo en la historia el demandante con corte al 31 de marzo de 2009 cuenta con 1510.57, cumpliendo el requisito de edad de 62 años el 14 de diciembre de 2016. Con relación a la liquidación de la prestación indicó que una vez efectuados los cálculos del caso en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, en cualquiera de las condiciones, ya sea por los últimos 10 o toda la vida laboral, la mesada arrojaba un valor inferior al SMLMV, de modo que era sobre este monto que debía reconocerse la prestación, sobre la base de 13 mesadas pensionales y con los reajustes anuales. En lo que refiere a los intereses moratorios, indicó que serán reconocidos 4 meses después de la reclamación, precisando que en este caso, *como el hecho generador de la reclamación se da por la presentación de la demanda se tendrá en cuenta tanto los 04 meses de resolución y los dos meses de inclusión nómina, con lo cual, los intereses moratorios se deben reconocer a partir del 18 de junio de 2019.*

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada**, Colpensiones,** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, argumentado que si bien está de acuerdo con que el actor no es beneficiario del régimen de transición, no está de acuerdo con la contabilización de semanas con algunos empleadores, toda vez que estas semanas no fueron pagadas ni fueron reconocidas en la historia laboral y por ello no deben ser tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional, indicando que el actor sólo tenía cotizadas al 31 de marzo de 2009 un total de 1.055 semanas. De ahí que no sea posible reconocer la prestación en los términos de la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones, al no contar con las 1300 semanas. Solicita en caso de confirmarse la decisión, no se acceda a los intereses moratorios en la medida que las solicitudes que efectuó el actor ante Colpensiones se hicieron en el año 2012 y bajo el régimen

de transición, siendo el único momento en que se indicó que podía cumplir los requisitos de la Ley 100 de 1993, cuando cumplió 62 años en el 2016, por ende, la presentación de la demanda a finales del año 2018 se tiene que tener como una nueva reclamación que hasta hoy fue resuelta por la jurisdicción, de ahí que no sea posible conceder los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, la primera solicitando la confirmación de la sentencia y a contario sensu la accionada, en procura de la revocatoria y absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar en primer lugar y atendiendo la apelación y el grado jurisdiccional de consulta dentro del presente asunto, si es procedente computar los aportes registrados en la historia laboral aportada por la parte actora como *novedades no correlacionadas* y tenidas en cuenta por el Juez a quo para configurar la pensión de vejez a la luz de la Ley 100 de 1993; o por el contrario, sí se debe valorar y tener en cuenta únicamente las historias laborales aportadas por Colpensiones, las cuales no contienen dichos periodos de cotización.

Resuelto lo anterior y como segundo problema jurídico, la Sala abordará lo concerniente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante y finalmente, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos aquí planteados, en primer lugar y en aras de dilucidar la eficacia probatoria de las historias laborales aportadas al proceso, es de advertir que en principio y como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, *«la eficacia probatoria de un documento depende de la posibilidad de saber a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en el Código General del*

Proceso y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social» (CSJ SL5170-2019).

Con relación al tema de la valoración probatoria de las historias laborales, la abundante doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que bien parece una excepción a la antedicha interpretación, ha venido otorgando eficacia probatoria, verbigracia, a una historia laboral sin firma, que no haya sido refutada expresamente por la parte a quien se opone o de quien se pretende derivar efectos, o debido a la conducta procesal del ISS, hoy COLPENSIONES, advirtiendo que en esos casos podía atribuirse su autoría a dicha entidad, toda vez que, como se dijo en la sentencia CSJ SL14236-2015, al dar respuesta a la demanda aludió a su contenido, no la tachó y se apoyó en ella para construir su defensa. En todo caso, se concluyó en esa oportunidad que «*La autenticidad de un documento es una cuestión que debe ser examinada caso por caso, de acuerdo con i) las reglas probatorias de los estatutos procesales, o, en su defecto, con ii) las circunstancias del caso, los elementos del juicio, las posiciones de las partes y los signos de individualización que permitan identificar al creador de un documento, de ser ello posible»*.

Tal postura se ha venido reiterando entre otras muchas las sentencias CSJ SL5170-2019, SL2783-2020, SL2794-2020, SL1853-2020 y SL1003-2020, indicando entre otros aspectos que la falta o carencia de una rúbrica por parte del funcionario que expide la historia laboral, no puede afectar negativamente el mérito probatorio que regularmente tienen este tipo de elementos de convicción (CSJ SL10115-2014), máxime si la entidad a la que se le opuso y se adujo haberla expedido, no formuló reparo alguno sobre la misma, tampoco la tachó ni la desconoció dentro de las oportunidades procesales respectivas, otorgándole autenticidad con tal actitud pasiva; además, la autenticidad de dichos documentos puede inferirse razonablemente de otros distintivos o características que el documento contenga, como por ejemplo el nombre de la entidad que lo elaboró, el logotipo, o símbolo que usualmente la identifica ante terceros, entre otras signos o particularidades que permitan individualizarla.

En todo caso, el Alto Tribunal ha dejado claro que ello no significa que el juez no pueda en determinadas circunstancias desconfiar o tener sospechas sobre la autenticidad de un documento. De hecho, es válido que las tenga, siempre que sean objetivas y razonables. Cuando así sea, está en la obligación de pedir la prueba a la entidad administradora de pensiones para disipar esas dudas y fallar conforme a la verdad real (CSJ SL-5170-2019).

En el caso sub examine, la parte actora anexó con la demanda historias laborales expedidas por el Instituto de Seguros Sociales tanto del sistema tradicional, antes de 1994, como del sistema autoliquidación (folios 13 a 21), en la primera de ellas se indica que el actor se encuentra afiliado al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 06 de abril de 1973 cotizando desde esa fecha con los empleadores BELTRAN RODRIGUEZ ULISES B Y BOTERO CORREA GUILLERMO para los ciclos del 06 de abril de 1973 al 03 de marzo de 1976 y 15 mayo de 1976 a 22 de diciembre de 1978 respectivamente; del 20 de junio de 1979 y el 27 de julio de 1979 con DETERGENTES S.A; del 25 de febrero de 1980 al 28 de abril de 1983 con ACEITES y GRASAS VEGETALES; y del 17 de octubre de 1983 al 23 de octubre de 1983 con el empleador DANIEL CALDERÓN & Cía. Ltda., los cuales suman 467 semanas, se indica igualmente en dicho documento que los mismos corresponden a *«novedades no correlacionadas»*; de igual manera, en la historia laboral consolidada -fl. 18-21, se contabiliza un total de 1.345.43 semanas.

No obstante lo anterior, en las diferentes historias laborales que aportó COLPENSIONES con la contestación de la demanda, tales periodos ya no se encuentran registrados, únicamente aparecen cotizaciones a partir del 27 de febrero de 1986, pese a que se ratifica la afiliación al ISS desde el 06 de abril de 1973. En ese sentido, para determinar cuál de los reportes refleja mejor o en la realidad el verdadero número de semanas cotizadas por el actor, descartando con ello que en este caso no se trata de una presunta mora en el pago de aportes por parte de los empleadores, y de manera preliminar, como bien lo indicó el juez a quo, no se evidencian razones por las cuales fueron excluidos los periodos alegados por la parte actora y mucho menos se ha negado la autoría ni se ha puesto en duda la autenticidad de la mencionada historia laboral.

Conforme a lo anterior, es dable concluir, en principio, que Colpensiones reconoció tácitamente la autenticidad del reporte de cotizaciones adosado por el demandante, puesto que la entidad al contestar la demanda aceptó que la existencia de dichos períodos de cotización tal como se extrae de la contestación a los hechos 4, 6, 7, 8 y 9 (folio 41); y en el acápite de pruebas, solicitó que se tuvieran como pruebas *«las mismas aportadas por la demandante y que ya obran en el expediente»* (fl. 44), documento que en efecto también fue aportado con el expediente administrativo en medio magnético (fl. 52).

Así las cosas, de acuerdo al referido reporte de semanas contrastado con el aportado por COLPENSIONES, se observa frente a esos periodos que aparecen igualmente como *no correlacionados*, que hubo afiliación y variación anual de salarios entre

cada uno de esos años, e igualmente, registran las respectivas novedades de ingreso y retiro. Respecto al alcance de la observación *«nnc novedad no correlacionada»*, referida previamente, debe traerse a colación la respuesta dada en diciembre de 2016 por COLPENSIONES al **AUTO 10** de noviembre del mismo año, proferido por Corte Constitucional, en el que se precisó lo siguiente:

> *«Las novedades no correlacionadas corresponden a novedades de la historia laboral (ingreso, cambio de salario, licencia, retiro, etc.) que no se han cargado en las historias laborales que administra Colpensiones, debido a que no se puede relacionar de manera inequívoca la identificación utilizada para afiliados y empleadores antes diciembre de 1994 ("número de afiliación" y "el número patronal"), con la identificación utilizada a partir de enero de 1995 para afiliados y aportantes ("documento de identidad")».*

Se hace hincapié en esa observación por cuanto en la denominación del empleador que se hace en el reporte de semanas 1967-1994, allegado con la demanda y que vale repetirlo, también aparece expedido por Colpensiones en el expediente administrativo presentado en medio magnético, se denomina al demandante como de primer apellido ***LINARES,*** sin segundo apellido y sin segundo nombre y como primer nombre ***BERNARDO,*** seguidamente aparece como segundo apellido ***RAEL y REAL*****,** situación que pudo generar la confusión al interior de la administradora pues conforme a la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 10) y el registro civil de nacimiento aportado (fl. 52) se evidencia que el actor no tiene ni segundo nombre ni segundo apellido. Tal circunstancia pudo dar origen a la novedad no correlacionada, sin embargo, se evidencia que el número de afiliación del demandante (011216737) sí es concordante en cada uno de los documentos y además aparecen los números de cada uno de los aportantes, circunstancias estas que si bien no se pusieron de presente en la defensa de la accionada, descartarían un presunto caso de homonimia, es decir, que las semanas que se reclaman puedan realmente corresponder a otra persona, en todo caso se insiste, esto no ha sido planteado por COLPENSIONES.

En ese orden de ideas, es claro que la entidad demandada desaprovechó la oportunidad de explicar las razones por las cuales decidió dar de baja esos periodos «*no correlacionados»*; de modo que, atendiendo a la precitada regla jurisprudencial, dichos periodos deberán computarse como válidos (o válidamente cotizados), con lo cual el demandante alcanzaría un total de 1.526,71 semanas cotizadas, esto como resultado de las 1.059,57 que admite COLPENSIONES y las de los mencionados periodos de 467,14.

Lo anterior, resulta suficiente para tener por acreditado el derecho pensional a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que exige para el año 2016 una densidad de 1300 semanas y una edad de 62

años de edad, la cual fue alcanzada por el demandante el 14 de diciembre de 2016. Fecha a partir de la cual debe reconocerse la prestación, pues de acuerdo con la historia laboral del actor, se observa que la última cotización se efectuó el 01 de marzo de 2009 y completó los requisitos al cumplir la edad en aquella fecha.

No existe reparo respecto del valor fijado como mesada pensional, pues al efecto lo determinó en cuantía equivalente a 1 SMLMV, cifra que corresponde al valor mínimo en que puede ser reconocida la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, razón por la que se confirmará tal aspecto. De igual modo la prestación debe reconocerse sobre 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó después del 31 de julio de 2011, en los términos del parágrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005 y el inciso 8° ibídem.

Con relación a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES esta no se encuentra probada, ya que conforme se advierte del expediente administrativo y las Resoluciones GNR 17645 y VPB-11578 del 12 de febrero de 2015, el actor elevó el reclamo de la prestación el 02 de septiembre de 2013 (fls. 26 a 31), siendo resuelto finalmente por el mencionado acto administrativo, el cual fue notificado al demandante el 20 de febrero de 2015 (fl. 29), por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, este contaba con 3 años a partir de esta fecha para presentar la respectiva acción judicial, lo que en efecto ocurrió, pues basta con remitirnos al folio 37 del plenario, para advertir que la demanda fue presentada el día 18 de diciembre de 2018, de modo que no se configuró el fenómeno de la prescripción, tal como lo estableció el juez a quo. Por ello se confirmará la decisión en estos puntuales aspectos.

Ahora bien, frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de entrada se evidencia que no hay lugar a los mismos, como quiera que la prestación que se reconoce con fundamento lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida en lo pertinente por la Ley 797 de 2003, no corresponde a la solicitada por el demandante incluso desde el trámite administrativo, esto es, la regulada por el Acuerdo 049 de 1990 y en esos términos se agotó la reclamación administrativa antes de que el demandante cumpliera la edad de 62 años. Recuérdese que la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, lo cual, en sentir de la Sala se configura en el

caso de marras, pues es claro que las razones por las cuales COLPENSIONES negó la prestación son plenamente atendibles, con respaldo normativo, pues para ese momento el actor como ya se dijo no contaba con uno de los requisitos, la edad, para alcanzar el derecho pensional a la luz de la normativa aquí reconocida. En todo caso, en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó sobre excepciones a la imposición de intereses moratorios, precisando que se *«ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)»*, de suerte que resulta dable aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia lo cual permite su exoneración; en consecuencia, se considera le asiste razón a la recurrente, lo cual impone revocar la decisión en este puntual aspecto de la sentencia consultada e impugnada. En subsidio de lo anterior, se ordenará indexar el retroactivo con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano.

Por último, debe advertirse que acertó el juez a quo al ordenar descontar lo concerniente a los aportes a salud. En ese sentido, se modificará la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia en su **ORDINAL TERCERO,** en el sentido de **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** del pago de intereses moratorios y en su lugar, ordenar la indexación del retroactivo pensional al momento del pago. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

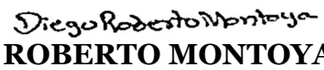
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JUAN MANUEL SICARD COBOS contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES. Rad. 110013105-015-2018-00059-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor JUAN MANUEL SICARD COBOS promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES reliquidar su mesada pensional, y a reconocer la diferencia existente entre el valor reconocido y el valor que resulte de la reliquidación, debidamente indexados; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES reajustar la primera mesada pensional, y reconocer los intereses de mora desde la fecha de causación del derecho y hasta momento del pago de la primera mesada.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que mediante Resolución No. GNR 018565 del 11 de diciembre de 2012, se le reconoció pensión de vejez la cual le fue liquidada teniendo en cuenta el promedio de lo percibido durante los últimos 10 años de cotización, indicando haber acumulado 1.511 semanas. Por intermedio de apoderado judicial presentó solicitud de reliquidación pensional el 30 de octubre de 2017 ante COLPENSIONES, aplicando el principio de favorabilidad de la norma laboral liquidando la mesada pensional con base en lo cotizado en toda su vida laboral, así como el reajuste actualizando la primera mesada pensional e indexando

los aportes pensionales, de igual modo, se le reconociera los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Petición que fue resuelta de forma negativa mediante la Resolución No SUB 256941 el 15 de noviembre de 2017, sin dar aplicación a las mencionadas solicitudes, añadiendo, hay una descompensación sustancial grave entre lo aportado y el reconocimiento pensional realizado por la accionada (Fls. 02 a 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Para ello arguyó que al momento de realizar la liquidación se tomó el I.B.L Nº2 correspondiente a la liquidación con toda la vida laboral por valor de $2.282.861 para 2014, por ser este más favorable para el solicitante, agregó que una vez realizado el estudio de la solicitud de reliquidación se estableció que no generan valores a favor del pensionado, en tanto la mesada para el 2017 arrojada es de $2.404.711 y la mesada actualmente devengada es superior, con $2.428.46, por tanto esgrime, la prestación se encuentra ajustada matemáticamente y legalmente, así que no hay lugar al pago de intereses moratorios, los cuales solo se causan cuando exista mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales no siendo este el caso. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción y caducidad», «Prescripción», «Declaratoria de otras excepciones», «Cobro de no lo debido», «No configuración del derecho al pago de intereses moratorios», «No configuración del derecho al pago de indexación» e «Inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Fls. 43 a 46).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de febrero de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al accionante la pensión reconocida el 11 de diciembre de 2012, en un valor que deberá corresponder para el día 13 de agosto de 2012, fecha de reconocimiento y causación, a la suma de $1.989.302 y no del valor reconocido de $1.986.871, ordenando pagar debidamente indexadas las diferencias que se han venido causando entre el valor pensional inicialmente reconocido y el que se dispone en la providencia y que no se encuentran afectadas por la prescripción, autorizando igualmente que se descuente de este retroactivo por diferencias lo correspondiente a los aportes a seguridad social en salud conforme lo prevé la Ley 100 de 1993. Declaró prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 30 de octubre del año 2014 y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que al haberse acreditado que el demandante adquirió el derecho pensional en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en virtud de régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, para la definición del IBL y aplicar el artículo 21 de la ley 100 de 1993 para las personas que les faltare más de 10 años para adquirir la pensión el IBL, este será calculado con el promedio de lo devengado o cotizado durante los 10 años o el de toda la vida laboral si tuviere 1250, lo que en efecto cumplía el accionante, quien tienen la opción de acceder a la liquidación más favorable, en ese sentido, señaló que al realizar la liquidación del IBL por parte del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, arrojó para los últimos 10 años un total de $1.123.579 y por toda la vida laboral un IBL de $2.210.347, mientas que la liquidación hecha por COLPENSIONES arrojó un total de $2.207.634, de modo que, al realizar la liquidación, la primera mesada arroja la suma de $1.389.312 que es superior a la obtenida por COLPENSIONES que fue de $1.986.871, encontrando procedente acceder al reajuste pretendido. Frente a los intereses moratorios, indicó en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que no eran procedentes al tratarse de un reajuste, en subsidio indicó que era procedente la indexación al considerar que era un fenómeno jurídico notorio la devaluación de la moneda. De igual modo indicó que se configuró parcialmente la excepción de prescripción, toda vez que el actor radicó la solicitud de reliquidación el 30 de octubre de 2017, habiéndosele reconocido la prestación en el año 2012 y la demandada fue radicada en el año 2018, estando afectadas con la prescripción las mesadas causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2014.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, si es procedente reliquidar la pensión del demandante, realizando el cálculo del IBL teniendo en cuenta los IBC sobre los cuales cotizó durante su vida laboral en los términos establecidos por el a quo, o en su defecto con los últimos 10 años de cotizaciones.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante Resolución GNR 018565 del 11 de diciembre de 2012 en cuantía inicial de $1.986.871 teniendo en cuenta un IBL de $2.207.634 y una tasa de remplazo del 90% en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 13 de agosto de 2012 (fls. 12 a 19), decisión que fue confirmada según resolución SUB 256941 del 15 de noviembre de 2017 (fls. 28 a 32). Todo ello en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que es un hecho indiscutido dentro del proceso que el señor JUAN MANUEL SICARD COBOS, es beneficiario del régimen de transición.

Determinado lo anterior, se procede al estudio puntual de los reparos indicados en el libelo genitor por la parte demandante respecto del IBL, para lo cual advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[1].

En el evento de que al afiliado le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas[2].

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que el demandante cumplió la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990 al cumplir los 60 años de edad, el 13 de agosto de 2012, pues nació el mismo día y mes del año 1952, fecha que permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibídem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada y aceptada por la demandada (1.511), viabiliza, tal como lo verificó el juez

[1] Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.
[2] Sentencia 40552 del 1º de marzo de 2011.

de primer grado, realizar su cálculo con base en el promedio salarial devengado en toda su vida laboral o con los últimos 10 años, la que resulte más favorable, número de cotizaciones que también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de reemplazo sea calculada con un 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, en aras de determinar si el cálculo efectuado por COLPENSIONES es correcto, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para el año en que se causó el derecho y fue igualmente reconocido, esto es, al 12 de agosto de 2012, el cálculo arrojó un IBL más favorable teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral de $2.205.564, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 90%, arrojando una mesada pensional de $1.985.008 para el año 2012, cifra que es inferior a la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES en su momento, pues ascendió a la suma de $1.986.871, razón por la cual no se accederá al reajuste deprecado y por lo tanto, habrá de revocarse íntegramente la decisión de primer grado. Para una mejor comprensión, el siguiente cuadro contiene el cálculo efectuado:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEXADO	IBL
DESDE	HASTA							
15/04/1974	30/09/1974	5.790,00	1	0,280000	109,160000	169	2.257.273	33.384,01
1/10/1974	31/12/1974	5.790,00	1	0,280000	109,160000	92	2.257.273	18.173,55
1/01/1975	31/12/1975	5.790,00	1	0,350000	109,160000	365	1.805.818	57.681,25
1/01/1976	31/05/1976	5.790,00	1	0,410000	109,160000	152	1.541.552	20.505,46
1/06/1976	31/12/1976	9.480,00	1	0,410000	109,160000	214	2.523.992	47.268,25
1/01/1977	31/12/1977	9.480,00	1	0,520000	109,160000	365	1.990.071	63.566,63
1/01/1978	31/12/1978	9.480,00	1	0,670000	109,160000	365	1.544.533	49.335,29
1/01/1979	30/06/1979	9.480,00	1	0,800000	109,160000	181	1.293.546	20.489,35
1/07/1979	31/12/1979	11.850,00	1	0,800000	109,160000	184	1.616.933	26.036,19
1/01/1980	31/07/1980	11.850,00	1	1,020000	109,160000	213	1.268.182	23.639,00
1/08/1980	30/09/1980	14.610,00	1	1,020000	109,160000	61	1.563.556	8.346,63
1/10/1980	31/12/1980	25.530,00	1	1,020000	109,160000	92	2.732.211	21.997,32
1/01/1981	30/06/1981	25.530,00	1	1,290000	109,160000	181	2.160.353	34.219,29
1/07/1981	31/12/1981	30.150,00	1	1,290000	109,160000	184	2.551.298	41.081,54
1/01/1982	28/02/1982	30.150,00	1	1,630000	109,160000	59	2.019.125	10.425,17
1/03/1982	31/12/1982	41.040,00	1	1,630000	109,160000	306	2.748.421	73.599,09
1/01/1983	30/05/1983	41.040,00	1	2,020000	109,160000	150	2.217.785	29.112,44
01/07/1983	31/08/1983	$64.000	1	2,020000	109,160000	62	3.458.535	18.765,13
01/09/1983	30/09/1983	$55.000	1	2,020000	109,160000	30	2.972.178	7.803,04
01/10/1983	31/10/1983	$62.000	1	2,020000	109,160000	31	3.350.455	9.089,36

01/11/1983	30/11/1983	$69.000	1	2,020000	109,160000	30	3.728.733	9.789,27
01/12/1983	31/12/1983	$120.545	1	2,020000	109,160000	31	6.514.204	17.672,21
01/01/1984	31/01/1984	$49.000	1	2,360000	109,160000	31	2.266.458	6.148,61
01/02/1984	29/02/1984	$63.000	1	2,360000	109,160000	29	2.914.017	7.395,33
01/03/1984	31/03/1984	$80.500	1	2,360000	109,160000	31	3.723.466	10.101,29
01/04/1984	30/04/1984	$70.500	1	2,360000	109,160000	30	3.260.924	8.561,10
01/05/1984	31/05/1984	$85.500	1	2,360000	109,160000	31	3.954.737	10.728,70
01/06/1984	30/06/1984	$73.000	1	2,360000	109,160000	30	3.376.559	8.864,69
01/07/1984	31/07/1984	$88.000	1	2,360000	109,160000	31	4.070.373	11.042,40
01/08/1984	31/08/1984	$73.000	1	2,360000	109,160000	31	3.376.559	9.160,18
01/09/1984	30/09/1984	$103.500	1	2,360000	109,160000	30	4.787.314	12.568,43
01/10/1984	31/10/1984	$65.500	1	2,360000	109,160000	31	3.029.653	8.219,06
01/11/1984	30/11/1984	$116.500	1	2,360000	109,160000	30	5.388.619	14.147,07
01/12/1984	31/12/1984	$144.500	1	2,360000	109,160000	31	6.683.737	18.132,13
01/01/1985	31/01/1985	$58.000	1	2,790000	109,160000	31	2.269.276	6.156,26
01/02/1985	28/02/1985	$86.000	1	2,790000	109,160000	28	3.364.789	8.244,87
01/03/1985	31/03/1985	$114.000	1	2,790000	109,160000	31	4.460.301	12.100,23
01/04/1985	30/04/1985	$130.000	1	2,790000	109,160000	30	5.086.308	13.353,40
01/05/1985	31/05/1985	$136.000	1	2,790000	109,160000	31	5.321.061	14.435,36
01/06/1985	30/06/1985	$130.000	1	2,790000	109,160000	30	5.086.308	13.353,40
01/07/1985	31/08/1985	$140.000	1	2,790000	109,160000	62	5.477.563	29.719,86
01/09/1985	30/09/1985	$125.000	1	2,790000	109,160000	30	4.890.681	12.839,80
01/10/1985	31/10/1985	$143.000	1	2,790000	109,160000	31	5.594.939	15.178,36
01/11/1985	30/11/1985	$145.000	1	2,790000	109,160000	30	5.673.190	14.894,17
01/12/1985	31/12/1985	$163.020	1	2,790000	109,160000	31	6.378.231	17.303,33
01/01/1986	31/01/1986	$73.000	1	3,420000	109,160000	31	2.330.023	6.321,06
01/02/1986	28/02/1986	$160.500	1	3,420000	109,160000	28	5.122.860	12.552,73
01/03/1986	31/03/1986	$126.000	1	3,420000	109,160000	31	4.021.684	10.910,32
01/04/1986	30/04/1986	$143.000	1	3,420000	109,160000	30	4.564.292	11.982,92
01/05/1986	31/05/1986	$139.000	1	3,420000	109,160000	31	4.436.620	12.035,99
01/06/1986	30/06/1986	$153.000	1	3,420000	109,160000	30	4.883.474	12.820,88
01/07/1986	31/10/1986	$163.020	1	3,420000	109,160000	123	5.203.293	56.008,15
01/11/1986	30/11/1986	$155.000	1	3,420000	109,160000	30	4.947.310	12.988,47
01/12/1986	31/12/1986	$163.020	1	3,420000	109,160000	31	5.203.293	14.115,87
01/01/1987	31/01/1987	$78.000	1	4,130000	109,160000	31	2.061.617	5.592,91
01/02/1987	28/02/1987	$163.020	1	4,130000	109,160000	28	4.308.780	10.557,96
01/03/1987	31/03/1987	$159.500	1	4,130000	109,160000	31	4.215.743	11.436,78
01/04/1987	30/04/1987	$125.500	1	4,130000	109,160000	30	3.317.090	8.708,56
01/05/1987	31/05/1987	$128.000	1	4,130000	109,160000	31	3.383.167	9.178,10
01/06/1987	30/06/1987	$159.500	1	4,130000	109,160000	30	4.215.743	11.067,85
01/07/1987	31/07/1987	$163.020	1	4,130000	109,160000	31	4.308.780	11.689,17
01/08/1987	31/08/1987	$134.000	1	4,130000	109,160000	31	3.541.753	9.608,33

01/09/1987	30/09/1987	$163.020	1	4,130000	109,160000	30	4.308.780	11.312,10
01/10/1987	31/10/1987	$130.000	1	4,130000	109,160000	31	3.436.029	9.321,51
01/11/1987	31/12/1987	$163.020	1	4,130000	109,160000	61	4.308.780	23.001,28
01/01/1988	31/01/1988	$97.000	1	5,120000	109,160000	31	2.068.070	5.610,41
01/02/1988	31/03/1988	$163.020	1	5,120000	109,160000	60	3.475.637	18.249,61
01/04/1988	30/06/1988	$152.000	1	5,120000	109,160000	91	3.240.688	25.807,52
01/07/1988	18/07/1988	$81.312	1	5,120000	109,160000	18	1.733.597	2.730,79
22/08/1988	31/12/1988	$89.070	1	5,120000	109,160000	132	1.899.000	21.936,47
1/01/1989	28/02/1989	$89.070	1	6,570000	109,160000	59	1.479.891	7.640,99
01/03/1989	31/07/1989	$136.290	1	6,570000	109,160000	153	2.264.447	30.319,45
01/08/1989	17/12/1989	$99.630	1	6,570000	109,160000	139	1.655.344	20.135,89
24/09/1992	18/11/1992	$346.170	1	13,900000	109,160000	56	2.718.555	13.322,75
11/12/1992	31/12/1992	$215.790	1	13,900000	109,160000	21	1.694.650	3.114,35
11/12/1992	31/03/1993	$215.790	1	17,400000	109,160000	111	1.353.772	13.150,32
01/04/1993	30/04/1993	$321.540	1	17,400000	109,160000	30	2.017.202	5.295,88
01/05/1993	30/06/1993	$457.290	1	17,400000	109,160000	61	2.868.838	15.314,53
01/07/1993	31/10/1993	$590.010	1	17,400000	109,160000	123	3.701.465	39.842,50
01/11/1993	01/12/1993	$626.790	1	17,400000	109,160000	31	3.932.207	10.667,58
14/02/1994	31/08/1994	$335.000	1	21,330000	109,160000	199	1.714.421	29.856,46
01/09/1994	31/12/1994	$450.000	1	21,330000	109,160000	122	2.302.954	24.587,41
10/01/1995	31/01/1995	$706.000	1	26,150000	109,160000	21	2.947.111	5.416,06
01/02/1995	28/02/1995	$693.000	1	26,150000	109,160000	30	2.892.844	7.594,76
01/03/1995	31/03/1995	$692.659	1	26,150000	109,160000	30	2.891.421	7.591,02
01/04/1995	30/04/1995	$802.000	1	26,150000	109,160000	30	3.347.852	8.789,32
01/05/1995	31/05/1995	$761.000	1	26,150000	109,160000	30	3.176.702	8.339,99
01/06/1995	30/06/1995	$842.000	1	26,150000	109,160000	30	3.514.827	9.227,69
01/07/1995	31/07/1995	$929.000	1	26,150000	109,160000	30	3.877.998	10.181,14
01/08/1995	31/08/1995	$599.000	1	26,150000	109,160000	30	2.500.453	6.564,59
01/09/1995	30/09/1995	$663.000	1	26,150000	109,160000	30	2.767.613	7.265,98
01/10/1995	31/10/1995	$674.000	1	26,150000	109,160000	30	2.813.531	7.386,53
01/11/1995	30/11/1995	$889.000	1	26,150000	109,160000	30	3.711.023	9.742,77
01/12/1995	31/12/1995	$804.000	1	26,150000	109,160000	30	3.356.200	8.811,24
01/01/1996	31/01/1996	$1.154.000	1	31,240000	109,160000	30	4.032.351	10.586,38
01/02/1996	29/02/1996	$644.000	1	31,240000	109,160000	30	2.250.289	5.907,82
01/03/1996	31/03/1996	$885.000	1	31,240000	109,160000	30	3.092.401	8.118,67
01/04/1996	30/04/1996	$914.000	1	31,240000	109,160000	30	3.193.734	8.384,70
01/05/1996	31/05/1996	$843.000	1	31,240000	109,160000	30	2.945.643	7.733,38
01/06/1996	30/06/1996	$853.000	1	31,240000	109,160000	30	2.980.585	7.825,11
01/07/1996	31/07/1996	$1.000.000	1	31,240000	109,160000	30	3.494.238	9.173,64
01/08/1996	31/08/1996	$744.000	1	31,240000	109,160000	30	2.599.713	6.825,19
01/09/1996	30/09/1996	$825.000	1	31,240000	109,160000	30	2.882.746	7.568,25
01/10/1996	31/10/1996	$805.000	1	31,240000	109,160000	30	2.812.862	7.384,78

01/11/1996	30/11/1996	$804.000	1	31,240000	109,160000	30	2.809.367	7.375,60
01/12/1996	31/12/1996	$1.529.000	1	31,240000	109,160000	30	5.342.690	14.026,49
01/01/1997	31/01/1997	$ 767.000	1	38,000000	109,160000	30	2.203.308	5.784,48
01/02/1997	28/02/1997	$ 1.074.000	1	38,000000	109,160000	30	3.085.206	8.099,78
01/03/1997	31/03/1997	$ 1.005.000	1	38,000000	109,160000	30	2.886.995	7.579,40
01/04/1997	30/04/1997	$ 1.055.000	1	38,000000	109,160000	30	3.030.626	7.956,49
01/05/1997	6/05/1997	$ 275.000	1	38,000000	109,160000	6	789.974	414,79
01/06/1997	30/06/1997	$ 580.000	1	38,000000	109,160000	30	1.666.126	4.374,18
01/07/1997	31/07/1997	$ 1.287.000	1	38,000000	109,160000	30	3.697.077	9.706,16
01/08/1997	31/08/1997	$ 863.000	1	38,000000	109,160000	30	2.479.081	6.508,48
01/09/1997	30/09/1997	$ 996.000	1	38,000000	109,160000	30	2.861.141	7.511,53
01/10/1997	31/10/1997	$ 851.000	1	38,000000	109,160000	30	2.444.609	6.417,98
01/11/1997	30/11/1997	$ 1.345.000	1	38,000000	109,160000	30	3.863.689	10.143,58
01/12/1997	31/12/1997	$ 1.687.000	1	38,000000	109,160000	30	4.846.129	12.722,84
01/01/1998	31/01/1998	$ 1.427.000	1	44,720000	109,160000	30	3.483.258	9.144,81
01/02/1998	28/02/1998	$ 1.223.000	1	44,720000	109,160000	30	2.985.301	7.837,49
01/03/1998	31/03/1998	$ 1.118.800	1	44,720000	109,160000	30	2.730.953	7.169,74
01/04/1998	31/05/1998	$ 1.025.000	1	44,720000	109,160000	60	2.501.990	13.137,25
01/05/1998	31/05/1998	$ 1.763.000	1	44,720000	109,160000	30	4.303.423	11.298,04
01/06/1998	30/06/1998	$ 964.000	1	44,720000	109,160000	30	2.353.091	6.177,71
01/07/1998	31/07/1998	$ 1.232.000	1	44,720000	109,160000	30	3.007.270	7.895,17
01/08/1998	31/08/1998	$ 1.105.000	1	44,720000	109,160000	30	2.697.267	7.081,30
01/09/1998	30/09/1998	$ 1.135.000	1	44,720000	109,160000	30	2.770.496	7.273,55
01/10/1998	31/10/1998	$ 720.000	1	44,720000	109,160000	30	1.757.496	4.614,06
01/11/1998	30/11/1998	$ 1.651.000	1	44,720000	109,160000	30	4.030.035	10.580,30
01/12/1998	31/12/1998	$ 1.712.000	1	44,720000	109,160000	30	4.178.934	10.971,21
01/01/1999	31/01/1999	$ 773.000	1	52,180000	109,160000	30	1.617.108	4.245,49
01/02/1999	28/02/1999	$ 1.242.000	1	52,180000	109,160000	30	2.598.251	6.821,35
01/03/1999	31/03/1999	$ 1.490.000	1	52,180000	109,160000	30	3.117.064	8.183,42
01/04/1999	30/04/1999	$ 1.180.000	1	52,180000	109,160000	30	2.468.547	6.480,83
01/05/1999	31/05/1999	$ 1.172.000	1	52,180000	109,160000	30	2.451.811	6.436,89
01/06/1999	30/06/1999	$ 1.419.000	1	52,180000	109,160000	30	2.968.533	7.793,47
01/07/1999	7/08/1999	$ 1.453.000	1	52,180000	109,160000	37	3.039.660	9.842,25
01/10/1999	31/10/1999	$ 600.000	1	52,180000	109,160000	30	1.255.194	3.295,34
01/11/1999	30/11/1999	$ 767.000	1	52,180000	109,160000	30	1.604.556	4.212,54
01/12/1999	19/12/1999	$ 909.000	1	52,180000	109,160000	19	1.901.618	3.161,88
01/01/2000	31/01/2000	$ 400.000	1	57,000000	109,160000	30	766.035	2.011,12
01/02/2000	29/02/2000	$ 992.000	1	57,000000	109,160000	30	1.899.767	4.987,57
01/03/2000	31/03/2000	$ 840.000	1	57,000000	109,160000	30	1.608.674	4.223,35
01/04/2000	30/04/2000	$ 833.000	1	57,000000	109,160000	30	1.595.268	4.188,15
01/05/2000	31/05/2000	$ 875.000	1	57,000000	109,160000	30	1.675.702	4.399,32
01/06/2000	30/06/2000	$ 1.102.000	1	57,000000	109,160000	30	2.110.427	5.540,63

01/07/2000	31/07/2000	$ 907.000	1	57,000000	109,160000	30	1.736.985	4.560,21
01/08/2000	31/08/2000	$ 887.000	1	57,000000	109,160000	30	1.698.683	4.459,66
01/09/2000	30/09/2000	$ 816.000	1	57,000000	109,160000	30	1.562.712	4.102,68
01/10/2000	31/10/2000	$ 1.157.000	1	57,000000	109,160000	30	2.215.756	5.817,16
01/11/2000	30/11/2000	$ 1.122.000	1	57,000000	109,160000	30	2.148.728	5.641,19
01/12/2000	31/12/2000	$ 894.000	1	57,000000	109,160000	30	1.712.088	4.494,85
01/01/2001	31/01/2001	$ 1.204.000	1	61,990000	109,160000	30	2.120.159	5.566,18
01/02/2001	28/02/2001	$ 884.000	1	61,990000	109,160000	30	1.556.661	4.086,80
01/04/2001	30/04/2001	$ 290.000	1	61,990000	109,160000	30	510.669	1.340,69
01/05/2001	31/05/2001	$ 494.000	1	61,990000	109,160000	30	869.899	2.283,80
01/06/2001	30/06/2001	$ 1.116.000	1	61,990000	109,160000	30	1.965.197	5.159,35
01/07/2001	31/07/2001	$ 703.000	1	61,990000	109,160000	30	1.237.933	3.250,02
01/08/2001	31/08/2001	$ 724.000	1	61,990000	109,160000	30	1.274.913	3.347,11
01/09/2001	20/09/2001	$ 361.000	1	61,990000	109,160000	20	635.695	1.112,62
01/12/2001	9/12/2001	$ 85.800	1	61,990000	109,160000	9	151.088	119,00
01/02/2002	31/03/2002	$ 309.000	1	66,730000	109,160000	60	505.476	2.654,12
01/04/2002	30/04/2002	$ 366.000	1	66,730000	109,160000	30	598.720	1.571,86
01/05/2002	3/05/2002	$ 188.000	1	66,730000	109,160000	3	307.539	80,74
01/08/2002	30/11/2002	$ 648.000	1	66,730000	109,160000	120	1.060.028	11.131,83
01/12/2002	31/12/2002	$ 927.000	1	66,730000	109,160000	30	1.516.429	3.981,17
01/01/2003	31/01/2003	$ 651.000	1	71,400000	109,160000	30	995.282	2.612,98
01/02/2003	28/02/2003	$ 680.000	1	71,400000	109,160000	30	1.039.619	2.729,38
01/03/2003	3/03/2003	$ 68.000	1	71,400000	109,160000	3	103.962	27,29
11/06/2003	30/06/2003	$ 253.000	1	71,400000	109,160000	20	386.799	676,99
01/07/2003	31/01/2004	$ 380.000	1	76,030000	109,160000	210	545.585	10.026,50
01/02/2004	31/01/2005	$ 400.000	1	80,210000	109,160000	360	544.371	17.150,05
01/02/2005	31/01/2006	$ 450.000	1	84,100000	109,160000	360	584.090	18.401,38
01/03/2006	31/03/2006	$ 715.300	1	84,100000	109,160000	30	928.444	2.437,50
01/04/2006	31/05/2006	$ 485.000	1	84,100000	109,160000	60	629.520	3.305,43
01/06/2006	30/06/2006	$ 691.800	1	84,100000	109,160000	30	897.942	2.357,42
01/07/2006	31/07/2006	$ 1.027.325	1	84,100000	109,160000	30	1.333.446	3.500,78
01/08/2006	31/08/2006	$ 710.600	1	84,100000	109,160000	30	922.344	2.421,48
01/09/2006	30/09/2006	$ 1.038.300	1	84,100000	109,160000	30	1.347.691	3.538,18
01/10/2006	31/10/2006	$ 698.850	1	84,100000	109,160000	30	907.092	2.381,44
01/11/2006	30/11/2006	$ 792.020	1	84,100000	109,160000	30	1.028.025	2.698,94
01/12/2006	31/12/2006	$ 485.000	1	84,100000	109,160000	30	629.520	1.652,72
01/01/2007	31/01/2007	$ 1.109.110	1	87,870000	109,160000	30	1.377.836	3.617,32
01/02/2007	28/02/2007	$ 1.090.800	1	87,870000	109,160000	30	1.355.090	3.557,60
01/03/2007	31/03/2007	$ 777.050	1	87,870000	109,160000	30	965.321	2.534,32
01/04/2007	30/04/2007	$ 1.185.000	1	87,870000	109,160000	30	1.472.113	3.864,83
01/05/2007	31/05/2007	$ 788.000	1	87,870000	109,160000	30	978.924	2.570,03
01/06/2007	30/06/2007	$ 1.104.000	1	87,870000	109,160000	30	1.371.488	3.600,65

01/07/2007	31/07/2007	$ 1.077.000	1	87,870000	109,160000	30	1.337.946	3.512,59
01/08/2007	31/08/2007	$ 1.122.000	1	87,870000	109,160000	30	1.393.849	3.659,36
01/09/2007	30/09/2007	$ 817.000	1	87,870000	109,160000	30	1.014.951	2.664,61
01/10/2007	31/10/2007	$ 884.000	1	87,870000	109,160000	30	1.098.184	2.883,13
01/11/2007	30/11/2007	$ 806.000	1	87,870000	109,160000	30	1.001.286	2.628,74
01/12/2007	31/12/2007	$ 520.000	1	87,870000	109,160000	30	645.991	1.695,96
01/01/2008	31/01/2008	$ 870.000	1	92,870000	109,160000	30	1.022.604	2.684,70
01/02/2008	29/02/2008	$ 1.073.000	1	92,870000	109,160000	30	1.261.211	3.311,13
01/03/2008	31/03/2008	$ 871.000	1	92,870000	109,160000	30	1.023.779	2.687,79
01/04/2008	30/04/2008	$ 1.120.000	1	92,870000	109,160000	30	1.316.455	3.456,17
01/05/2008	31/05/2008	$ 1.138.000	1	92,870000	109,160000	30	1.337.613	3.511,72
01/06/2008	30/06/2008	$ 1.120.000	1	92,870000	109,160000	30	1.316.455	3.456,17
01/07/2008	31/07/2008	$ 1.073.000	1	92,870000	109,160000	30	1.261.211	3.311,13
01/08/2008	31/08/2008	$ 1.140.000	1	92,870000	109,160000	30	1.339.963	3.517,89
01/09/2008	30/09/2008	$ 872.000	1	92,870000	109,160000	30	1.024.954	2.690,88
01/10/2008	31/10/2008	$ 1.107.000	1	92,870000	109,160000	30	1.301.175	3.416,05
01/11/2008	30/11/2008	$ 792.000	1	92,870000	109,160000	30	930.922	2.444,01
01/12/2008	31/12/2008	$ 1.231.000	1	92,870000	109,160000	30	1.446.925	3.798,70
01/01/2009	31/01/2009	$ 1.233.000	1	100,000000	109,160000	30	1.345.943	3.533,59
01/02/2009	28/02/2009	$ 954.000	1	100,000000	109,160000	30	1.041.386	2.734,02
01/03/2009	31/10/2009	$ 520.000	1	100,000000	109,160000	240	567.632	11.921,91
01/11/2009	23/11/2009	$ 399.000	1	100,000000	109,160000	23	435.548	876,66
18/01/2010	31/01/2010	$ 223.167	1	102,000000	109,160000	13	238.832	271,71
01/02/2010	31/03/2010	$ 515.000	1	102,000000	109,160000	60	551.151	2.893,94
1/04/2010	8/04/2010	$ 148.000	1	102,000000	109,160000	8	158.389	110,89
					TOTAL, DÍAS	**11.427**		
					TOTAL, SEMANAS COTIZADAS	**1.632,43**	**IBL**	**$2.205.564**
TASA DE REEMPLAZO	**90%**					**PENSION**	**$1.985.008**	

En consecuencia, se revoca la sentencia consultada. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

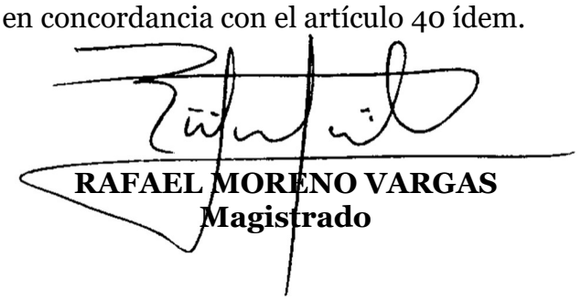
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se

absuelve a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JUAN MANUEL SICARD COBOS, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

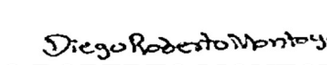
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BLANCA CECILIA PEDROZA VIRGUEZ contra LA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y otro. Rad. 110013105-015-2018-00167-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la parte actora y el apoderado de la E.S.E HOSPITAL SALAZAR DE VILLETA, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de febrero de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **BLANCA CECILIA PEDROZA VIRGUEZ** como pretensiones principales depreca se declare que es beneficiaria del régimen de transición; como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 90% junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y la retroactividad de las mismas en consideración al principio de Favorabilidad; se condene a COLPENSIONES reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del cumplimiento de los requisitos legales, la indexación, costas y agencias en derecho; como pretensiones subsidiarias, se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez aplicando la Ley 797 de 2003, y tomando para el Ingreso Base de Liquidación todos los factores salariales devengados en los últimos 10 años de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y la retroactividad de las mismas, en consideración al principio de favorabilidad; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del cumplimiento de los requisitos legales, la indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 15 de noviembre 1955 cumpliendo sus 55 años de edad el 15 de noviembre de 2010, que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, el 1 de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, razón por la cual, es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; señala que prestó sus servicios al Hospital Salazar Villeta del 8 de noviembre de 1980 hasta el 28 de febrero 2013 como trabajadora oficial, que cotizó a COLPENSIONES un total de 1.605 semanas, acreditando al 29 de julio de 2005 más de 750 semanas de cotización, conservando el régimen de transición, por ello se le aplica lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y bajo el principio de favorabilidad le correspondería una tasa del 90%. Expone que COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 341687 del 5 de diciembre de 2013, le reconoció pensión de vejez con fundamento en la Ley 797 de 2003 con un IBL de $1.297.538 y una tasa de 76.40% para una pensión de $991.319 a partir del 1 de marzo de 2013; que el 21 de octubre de 2017 solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de vejez con fundamento en la Ley 797 de 2003 y aplicando para el IBL el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años con todos los factores salariales del Decreto 1158 de 1994; luego, el 12 de febrero de 2018 solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de vejez bajo el principio de favorabilidad solicitando la aplicación del régimen de transición y la tasa del 90%, sin que a la fecha se haya dado respuesta a dichas solicitudes (Fls. 4 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda solicitando se absuelva de todos los cargos formulados contra ella, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello manifestó que se le reconoció pensión vejez a la demandante a través de la Resolución SUB 257608 de 2017, prestación que fue liquidada con el promedio devengado en los últimos 10 años, actuando conforme a derecho, señaló además que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al revisar su historia laboral esta inició a cotizar a COLPENSIONES desde el 1 de agosto de 1995, señalando que con anterioridad a la fecha se encontraba cotizando en una caja de previsión social, razón por la cual, dicha situación no genera a la actora una expectativa de ostentar el beneficio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así mismo expone que la demandante debe de acogerse a lo preceptuado en la sentencia SU – 230 de 2015, así como el fallo del Consejo de Estado en donde se cierra la puerta a este tipo de solicitudes, por lo expuesto manifiesta que no prospera la pretensión de los intereses moratorios, por ser reconocida pensión de vejez y haberse cancelado en un único pago el retroactivo y periódicamente las mesadas de forma oportuna, en cuanto a la indexación esta no prospera al no adeudarse suma

alguna. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción y caducidad»; «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo debido», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación», «buena fe», «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 47 a 54, 78 a 79).

El juzgado de conocimiento, mediante auto 09 de julio de 2019, dispuso integrar como Litis consorte necesario a la **E.S.E HOSPITAL SALAZAR DE VILLETA** (fol.83), entidad que, una vez notificada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante se vinculó a la empresa desde el 08 de noviembre de 1980 como empleada publica, en el cargo de auxiliar de servicios generales hasta el día 28 de febrero de 2013, que durante el tiempo que estuvo vinculada siempre se le efectuaron los descuentos de ley, que se le dio aplicación del artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 para tomar la base de cotización para la pensión de la actora en su calidad de empleada publica, señala que como se observa en las certificaciones de los salarios mes a mes para la liquidación de pensiones, contentivas en el formato 3(B), expedido por la entidad, se prevé el cumplimiento del pago de los aportes a seguridad social desde el momento del ingreso de la demandante, así mismo señala que del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES se detalla que la entidad nunca dejó de pagar los aportes a seguridad social de la demandante. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de falta de pago de aportes a pensión»; «inexistencia de relación de causalidad entre los pagos de aportes para pensión con la petición de reliquidación de pensión» (Fls. 121 a 124).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 27 de febrero de 2020, condenó a la E.S.E HOSPITAL SALAZAR VILLETA al pago a favor de COLPENSIONES de las correspondientes cotizaciones al SGSS en pensiones por el periodo comprendido entre el mes de enero de 2002 y febrero de 2013 conforme a las diferencias que se obtuvieron entre los certificados en los formatos de CLEPS como factores salariales y el IBL de cotización de la historia laboral (fol. 149); condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión reconocida mediante resolución GNR 341687 del 5 de diciembre de 2013 en un valor que ascenderá a la suma de $1.086.936 y no al valor reconocido mediante la Resolución SUB 257608 del 15 de noviembre de 2017, liquidación en la suma de $1.002.090, ordenando pagar las diferencias que se han venido causando entre el valor que se reconoce judicialmente y el inicialmente reconocido, debidamente indexadas o actualizadas desde el momento de su causación y hasta su pago efectivo, autorizó a COLPENSIONES a descontar del retroactivo las diferencias de los aportes a seguridad social en salud de la demandante, declaró probada parcialmente la excepción de

prescripción frente a las diferencias causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2014, y no demostradas las demás excepciones; condenó en costas por la suma de 2 SMMLV a la E.S.E HOSPITAL SALAZAR VILLETA.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, explicó que no era dable dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia SU-769 del año 2014, donde se ha considerado que para efectos del Acuerdo 049 de 1990 se deben tener en cuenta todos los tiempos, pues el Despacho se aparta de dicho criterio, exponiendo lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias con Rad. No. 46989 del 2015, SL 4271 del 2017, en donde se señala que solo se tiene en cuenta para la aplicación del Acuerdo 049 lo previsto en los reglamentos del ISS, esto es, el número de semanas efectivamente cotizadas al ISS, exponiendo que la demandante según su historia laboral (fol. 134) cotizó 874.77 semanas al ISS sin cumplir con los presupuestos del Acuerdo 049, por ella se debía absolver a la demandada en este puntual aspecto. En cuanto a la pretensión subsidiaria, referida al reconocimiento de la prestación pensional con base en la Ley 797 del 2003 teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años de servicio de la demandante y los presupuestos establecidos en el Decreto 1158 de 1994, hizo referencia a lo establecido en la sentencia C 258 de 2013 y el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, para indicar que conforme a los formatos Cleps y certificación expedida por el Hospital de Villeta (fol. 36 a 38), la demandante devengaba una asignación básica, bonificación por servicios, prima anual de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad sobre sueldo, precisando que frente a dichos conceptos se ha debido liquidar y cotizar a seguridad social sobre la asignación básica mensual, prima de antigüedad, la bonificación por servicios, la remuneración por trabajo dominical o festivo, pero a la actora se le cotizó sobre unos valores inferiores a los que le correspondía, por lo tanto, señaló que el Hospital de Villeta debe cotizar a COLPENSIONES estas diferencias que se han establecido respecto de cada mes y que se encuentran acreditados desde el mes de enero del 2002 hasta el mes de febrero del año 2013, indicando así que deberá COLPENSIONES hacer el correspondiente cálculo del 16% de cada una de estas diferencias durante ese lapso, precisando además, que frente a los aportes de la seguridad social no opera el fenómeno prescriptivo.

En ese orden, sostuvo que de acuerdo a la liquidación efectuada por el grupo liquidador, se obtenía un IBL de $1.483.872 y que una vez aplicada la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y realizada las correspondientes operaciones aritméticas, la primera mesada pensional de la demandante correspondía a la suma de $1.086.936, superior al reconocido por COLPENSIONES que fue de $1.002.090, generando una diferencia en favor del demandante, de modo que debía

reajustarse la prestación a partir del 1° de marzo del año 2013 en la suma indicada, encontrando afectadas por el fenómeno de la prescripción las diferencias causadas con anterioridad al 27 de octubre del 2014. En cuanto a los intereses moratorios, señaló su improcedencia frentes a diferencias en las mesadas pensionales, pero en subsidio era viable la indexación de las mismas.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte Demandante, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se reconozca la reliquidación de la pensión de conformidad con la tasa de reemplazo del 90%, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, lo anterior teniendo en cuenta el antecedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en su Sentencia SU-769 del 2014, pues aplicando esta tasa de reemplazo daría un pensión de $1.180.627 que resultaría más favorable a la reconocida por el juez de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de la E.S.E HOSPITAL SALAZAR DE VILLETA inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, argumentado que si bien es cierto «de pronto» existen unas diferencias, en la mayoría estas se deben a los incrementos anuales que efectúa la Gobernación mediante acuerdos, los cuales en muchas ocasiones se aplican con posterioridad; igualmente apela la decisión en cuanto a las costas, pues no eran aceptables al no encontrar asidero en los incrementos o falta de cotización de aportes.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando la absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervienes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si es procedente reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta como tasa de remplazó el 90% en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y si hay lugar a modificar la base de cotización conforme a los salarios realmente devengados por la demandante.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, corresponde indicar que fue

acreditado al plenario que la entidad accionada a través de la Resolución GNR 341687 del 05 de diciembre de 2013 le concedió a la demandante la pensión de jubilación regulada por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en su condición de beneficiaria del régimen de transición, a partir del 1° de marzo de 2013 en cuantía inicial de $991.319, la cual fue modificada mediante Resolución SUB 257608 del 15 de noviembre de 2017 en la suma de $1.002.090 (fls. 11 a 27).

En los citados actos administrativos se destaca que la demandante cotizó un total de 1.606 semanas y que el IBL para determinar el referido monto de la pensión de vejez, fue calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de cotizaciones, por serle más favorable que el de los cotizados durante toda su vida laboral, además, se le aplicó una tasa de remplazo, también por favorabilidad, del 76.39% al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, puesto que le era más favorable que la otra opción contemplada del 75% (fl. 25), atendiendo que le era aplicable la Ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición, aspecto que también se encuentra fuera de la discusión, así como que también conservó tal prerrogativa al tenor del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que contaba a la entrada en vigencia del mismo con más de 1.200 semanas de cotización.

De igual modo se encuentra probado en el expediente que la demandante laboró al servicio de la ESE Hospital Salazar de Villeta -Cundinamarca en calidad de trabajadora oficial entre el 08 de noviembre de 1980 y el 28 de febrero de 2013 (fl. 35) y según los certificados de información laboral que reposan de folios 36 a 37, estuvo efectuando sus aportes a pensión a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA - CAPRECUNDI desde el 08 de noviembre de 1980 hasta el 30 de junio de 1995; y desde el 01 de julio de 1995 hasta el 28 de febrero de 2013 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS, hoy COLPENSIONES.
Decantado lo anterior, y en aras de dar solución al primer problema jurídico planteado, esto es, si la demandante tiene derecho a que se le reajuste la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación al criterio expuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 769 de 2014, según la cual es posible la acumulación de aportes y el tiempo público laborado, haya sido este cotizado o no al ISS hoy Colpensiones, para la viabilidad de la prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, debe indicar la Sala que si bien recientemente se estableció por parte de la H. Corte Suprema de Justicia que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente

la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, en sentencia CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, no obstante, en este caso particular, no es posible dar aplicación a tal criterio en la medida que la demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 no tenía expectativa alguna de pensionarse bajo un régimen pensional anterior y/o a través de los acuerdos del Instituto de los Seguros Sociales, pues sólo vino a afiliarse al mismo una vez entró en vigencia la referida ley de seguridad social.

En efecto, no debe olvidarse y así se tiene decantado por la jurisprudencia laboral que *«el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse,* ***a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente****, en los aspectos definidos por el legislador»* (CSJ SL1947-2020), la Corte Constitucional en la sentencia C-596 de 1997, declaró exequible la expresión «*al cual se encuentren afiliados»* contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tras considerar que no era violatoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política. La Corte explicó que el beneficio estaba dado por la «*posibilidad de obtener la pensión»* según los requisitos del régimen pensional anterior, siempre y cuando estuvieran afiliados al mismo. Y al efecto consideró: «*No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos […] Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior»*.

Así pues, claramente se determina conforme a los hechos debidamente comprobados en el proceso que la demandante, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estuvo amparada bajo la égida de la Ley 33 de 1985 al ostentar la calidad de servidora pública, específicamente de trabajadora oficial y efectuaba sus cotizaciones a una Caja de Previsión Social, incluso se evidencia que no sufragó una sola cotización con empleadores de carácter privado, por manera que resulta indiscutible que no tuvo expectativa pensional alguna con el Acuerdo 049 de 1990 y en esa medida debe desecharse la apelación por activa y confirmarse la sentencia de primer grado en este puntual aspecto, pero por estas razones, no por las enseñadas por el a quo.

En lo que atañe a la apelación propuesta por la Empresa Social del Estado y vinculada al proceso, esto es, al tema de la reliquidación pensional teniendo en cuenta los salarios cotizados, aspecto que por demás se conoce en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe precisarse que no tiene asidero alguno lo expuesto por la recurrente pues revisados los salarios devengados por la demandante, según certificación obrante de folios 38 a 41, en contraposición con las cotizaciones registradas en su historia laboral (fls. CD 41, 134 a 143), es claro que existen periodos que no fueron sufragados en debida forma, teniendo en cuenta desde luego, los factores que correspondían, sin que sea válido el argumento de que son incrementos anuales aplicados con posterioridad, pues si ello era así, ha debido pagarse la correspondiente diferencia en las cotizaciones posteriores.

En ese sentido, el IBL debe ser objeto de reajuste de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo que procede su estimación con base en el promedio salarial devengado durante los últimos 10 años, por serle más favorable, tal como lo realizó el juez de primer grado, según liquidación visible a folios 146 a 148, de la cual se evidencia que tomó el promedio salarial devengado desde el año 2003, con base en los factores salariales devengados con la E.S.E. vinculada al proceso, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 (fls. 149 a 156), según las certificaciones laborales obrantes a folios 36 a 41, el cual arrojó un IBL por la suma de $1.483.872,33, cifra a la que le aplicó una tasa de reemplazo del 73.25%, la cual se adecúa a lo reglado por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y que en todo caso no fue objeto de apelación, determinándose el valor de la mesada pensional inicial en la suma de $1.086.936.48, valor que obviamente resulta más favorable al que le fue reconocido por la entidad accionada.

En lo que refiere a la excepción de prescripción, habrá de confirmarse lo decidido en primera instancia en cuanto la declaró parcialmente probada, pese a que considera la Sala que no se configuró dicho fenómeno extintivo, puesto que el reconocimiento pensional se hizo el 05 de diciembre de 2013 (fls. 11 a 15), y según la Resolución SUB 257608 del 15 de noviembre de 2017, contra la misma se presentaron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones GNR 260906 del 16 de julio de 2014, que confirmó la decisión inicial y mediante Resolución VPB 31507 del 10 de abril de 2015 en la que se resolvió el recurso de apelación, modificando el primigenio acto administrativo de reconocimiento pensional dando lugar a reliquidar la prestación (fl. 21); a partir de ese momento comenzó a contabilizarse el trienio de que trata el artículo 488 del CST, en concordancia con el 489 de la misma obra y el 151 del CTPSS, habiéndose presentado la solicitud de reajuste el 27 de octubre de 2017 (fl. 16), la cual fue resuelta finalmente con la aludida

Resolución SUB 257608 del 15 de noviembre de 2017 (fls. 21 a 27) y la demanda se presentó el 05 de abril de 2018 (fl. 43), esto es, dentro del mencionado término trienal; empero como ya se dijo, debe confirmarse principalmente porque la parte interesada se mostró conforme con la decisión y porque este aspecto se conoce en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

En tal sentido, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de MARGOT MARIVEL BECERRA BERNAL contra JUAN MANUEL VASQUÉZ RODRÍGUEZ. Rad. 11001 31 05 038 2018 00082 02.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante respecto de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

La ciudadana **MARGOT MARIVEL BECERRA BERNAL**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra JUAN MANUEL VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, a fin de que se declare ineficaz y sin efecto alguno la terminación de su contrato a término fijo efectuado el 02 de octubre de 2017 y se condene a su reintegro en el cargo que ocupaba o uno equivalente en la planta de empleos del demandado; condenar al demandado al pago de los salarios dejados de percibir desde el día de su despido hasta la fecha en que se produzca su reintegro, se ordene al demandado consignar a su favor las cesantías, los intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, pago de aportes obligatorios al régimen de seguridad social, en especial a pensiones causadas desde el día 2 de octubre de 2017 hasta la fecha en que se produzca su reintegro. Se condene a la indemnización equivalente a 180 días de salario establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la indexación, a las costas y agencias en derecho, a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que prestó sus servicios bajo continuada subordinación y dependencia al señor Juan Manuel Vásquez Rodríguez durante el periodo comprendido entre el 03 de octubre de 2005 hasta el día 2 de octubre de 2017, mediante un contrato a término fijo de un año prorrogable, desempeñando el cargo de asistente administrativa, con una jornada laboral de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 6:00 p.m. ostentando un salario de $1.477.000 mensuales; señaló que, a raíz de las funciones desempeñadas al servicio del demandante presentó graves episodios de salud, teniendo inicio estos desde el día 26 de junio de 2016

siendo diagnosticada con sinovitis y tenosinovitis no especificada, así mismo, informó que en el mes de enero de 2017 su empleador le comunicó telefónicamente que debido a su estado de salud y bajo rendimiento en sus funciones no le renovaría su contrato laboral. Que debido a su padecimiento fue incapacitada el día 22 de mayo de 2017 y los días 27 de julio de 2017, 11, 21, 26 de septiembre de 2017; el día 17 de agosto de 2017 al ser diagnosticada por túnel carpiano, el señor Juan Vásquez le comunicó la no renovación de su contrato, afirmó que el 2 de octubre de 2017, fecha de la terminación de su contrato laboral, fue nuevamente incapacitada pese a su estado de salud. Por otro lado, refiere que su empleador no le proporcionó un sistema de salud y seguridad en el trabajo, como tampoco una matriz de riesgo para los diferentes cargos dentro de la empresa, y el demandado no solicitó permiso o autorización para despedir a la trabajadora ante el Ministerio de Trabajo en los términos de la Ley 361 de 1997. Por último, indicó que el 13 de septiembre de 2017 radicó queja ante el Ministerio de Trabajo con el fin de poner en conocimiento la terminación de su contrato laboral, así mismo presentó acción de tutela la cual le negó la protección de sus derechos fundamentales, siendo impugnada y confirmada (fls.1 a 12).

CONTESTACION DE DEMANDA

Él demandado **JUAN MANUEL VASQUEZ RODRÍGUEZ** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, solicitando no acceder a las mismas y llamar en garantía a la EPS SANITAS, para ello argumentó que la demandante no demostró que padecía de graves episodios de salud a través de la historia clínica, indicó que la enfermedad del túnel carpiano no es una enfermedad laboral, tras considerar que dicha enfermedad la sufren entre ellas las amas de casa y los conductores, es decir, que es de origen común, además de no existir prueba que así lo acredite, anotó que debido a la mala situación económica de la empresa y el recorte de personal las funciones de la demandante disminuyeron más del 60% razón por la cual manifestó no era necesario continuar con esta carga laboral o prestacional, finalmente explicó que la empresa si cuenta con un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo y una matriz de riesgo, además de capacitaciones en temas de seguridad y salud en el trabajo, cuidado de la salud y pausas activas. Propuso como excepciones «inexistencia de las obligaciones demandadas» y «cobro de lo no debido» (fls.87 a 92, 221 y 222).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 10 de marzo de 2020, absolvió al demandado de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a cargo de la demandante y agencias en derecho en la suma de $500.000 a favor del demandado.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que no existe controversia respecto de lo existencia de la relación laboral y extremos temporales en virtud de un contrato de trabajo a término fijo que inicio el 3 de octubre del año 2005 y que finalizó el 2 de octubre del año 2017, desempeñando como último cargo el de asistente administrativa, con asignación salarial en la suma de $1.477.000, cumpliendo un horario y acatando las órdenes impartidas por el empleador.

En cuanto a la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo a término fijo efectuado por el demandado a partir del 2 de octubre de 2017, y en consecuencia el

reintegro de la demandante a su puesto de trabajo, con ocasión a la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 1361 de 1997, observó el A quo que no milita prueba alguna en el expediente en la que se evidencie que la demandante presentó algún grado de perdida de la capacidad laboral en cierto porcentaje, siquiera particularmente significativo o notorio que permitiera establecer que al momento de la terminación de su contrato laboral tenía la condición de persona en discapacidad, precisando lo dispuesto en sentencia con radicado No. 32532 de 2008, 35606 de 2009, 36115 de 2010, 37235 de 2010.

Manifestó que no se evidenció que la demandante presentara una situación de perdida de la capacidad laboral definida, con una fecha de estructuración particular, como tampoco que a la terminación de su contrato de trabajo tuviera una pérdida de capacidad significativa o que le impidieran desarrollar sus actividades; no obstante indicó que se acreditó que para los meses de mayo, julio, septiembre de 2017 presentó incapacidades médicas (fls.24 y s.s.) sin evidenciar que dicha patología tuviera un avance significativo o fueran consecutivas estas incapacidades, así mismo informó que no aconteció el nexo de causalidad entre la toma de la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo y la patología de la demandante, toda vez que la no prórroga del contrato estaría asociado a una crisis económica que presentaba la empresa, situación que reconoció la demandante en su interrogatorio de parte al aceptar que la misma le fue informada en su debido momento y sostener que la razón de la terminación de su contrato no se debió a su estado de salud. Así mismo resaltó que la testigo LUZ MIRELLA ESCOBAR MONTENEGRO informó que el cargo de la demandante no ha sido ocupado por alguien más, que el desarrollo de sus funciones habían sido reasignadas a ella como gerente administrativa de la empresa, versión que no fue desvirtuada por las otras pruebas que militan en el libelo

Por último, indicó que no es procedente reformar la demanda por vía de los alegatos de conclusión para el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa u otros conceptos que no fueron incluidos en el acápite de pretensiones del libelo introductorio.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si la aquí demandante es beneficiaria de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo, y de ostentar tal calidad, habrá de verificarse todos los puntos objeto de controversia en la litis.

CONSIDERACIONES

Ahora bien, a fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión considera que en el presente asunto no existe discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, el cual se mantuvo vigente desde el

3 de octubre de 2005 hasta el 2 de octubre de 2017, en el cual la demandante desempeñó el cargo de asistente administrativa, y con una asignación final de $1.477.000, dado que la parte demandada lo aceptó al momento de contestar los hechos 1, 2, 3 y 4 de la demanda, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Conforme a lo anterior, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de octubre de 2017 (fl.18).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de

limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud de la trabajador y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Conforme a lo anterior, es claro para la corporación que la demandante debe acreditar que hay una limitación o afectación en su estado de salud para ejercer la labor que venía ejecutando normalmente, y que el empleador conocía de ella previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar la protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, la actora MARGOT MARIVEL BECERRA BERNAL se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que el demandado el día 17 de agosto de 2017 entregó a la demandante misiva en la cual se le informaba sobre la no renovación del contrato de trabajo y su finiquito a partir de la finalización de la jornada de trabajo del 2 de octubre de 2017 (fl.18), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si la actora contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que su estado de salud dio lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez revisada la documental aportada a folios 15 a 35, es claro que la demandante desde el día 28 de julio de 2016 hasta el 21 de mayo de 2017 no tuvo algún tipo de incapacidad médica que le impidiera acudir a trabajar, y previo a la entrega de la carta de no renovación de su contrato de trabajo a término fijo por parte del empleador el 17 de agosto de 2020, acredita solo 5 días de incapacidad los días 22 y 23 de mayo de 2017 y del 26 al 28 de julio de 2017 con diagnóstico de "*Dolor en miembro, sinovitis y tenosinovitis no especificada y síndrome del túnel carpiano*" respectivamente, situación que permite inferir que durante el último año y 20 días antes de la decisión de terminar el contrato la petente certifica solo 5 días de incapacidad sin que demostrara que ello imposibilitaba la ejecución de sus labores, máxime que sobre dichas afectaciones a la salud no se evidencia una orden de tratamiento o recomendaciones médicas dirigidas y

notificadas al empleador (artículo 167 del CGP).

Por otro lado, si bien se demuestra dentro del plenario que con posterioridad al 17 de agosto de 2017 y antes del 2 de octubre de 2017 se demostró la ocurrencia de 14 días de incapacidad (fls.15 a 35), considera la Corporación que dichos elementos probatorios no son suficientes para establecer la existencia de un nexo causal entre el estado de salud de la trabajadora y la terminación del contrato de trabajo, por cuanto estas fueron emitidas después de notificada la decisión del empleador de no prorrogar el contrato de trabajo que ató a las partes, lo que a su turno rompe el nexo de causalidad con la terminación del contrato, y si bien se establece que la demandante sufría de síndrome del túnel del carpiano y otras afecciones, no se establece que esta condición pueda imposibilitar la labor de la demandante o afectarla, no determina la necesidad de un tratamiento, o la necesidad de prescribir restricciones de índole laboral, con lo cual el material probatorio que obra en autos no es suficiente para declarar la protección de que trata la Ley 361 de 1997.

De igual manera, considera la Sala que la parte actora no logra establecer un nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato, toda vez que la demandante en su interrogatorio de parte afirmó que el motivo de la terminación del contrato de trabajo fue debido a que la empresa estaba entrando en crisis económica y que no tenían con que pagar su sueldo (record 19:24 a 40:45), versión que fue ratificada con el testimonio de LUZ MIRELLA ESCOBAR MONTENEGRO quien afirmó que desde el mes de enero le comunicó a la demandante que por cuestiones económicas iba a salir de la empresa, hecho que lleva a concluir que no es procedente especular que la actora fue despedida debido a la patología que presentaba, en atención a que la carga de la prueba, inicialmente, está en cabeza de la señora MARGOT MARIVEL BECERRA BERNAL, a quien le corresponde demostrar a través de los medios probatorios establecidos en la ley (artículo 169 CGP), que previo a la terminación del contrato de trabajo se presentó una desmejora en su estado de salud que le impedía cumplir regularmente con sus funciones, a través de la existencia de procedimientos, tratamientos, o recomendaciones médico-laborales como consecuencia de las mismas; así mismo, debía demostrar que la parte demandada conocía de estas condiciones médicas, empero, al no demostrarse estas circunstancias se rompe el nexo causal establecido por la jurisprudencia para la aplicación de la protección consagrada en la Ley 361 de 1997.

De igual manera, la Ley 361 de 1997, tiene su teleología en el trato discriminatorio al trabajador en situación de vulnerabilidad, lo que en este trámite no quedó demostrado, toda vez que no se evidencia que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo a término fijo debido al estado de salud de actora pues ello acaeció debido a problemas económicos, razón por la cual, mal podría aplicarse los efectos del reintegro a la luz del espíritu que impregna la Ley 361 de 1997, que se edifica en proteger al trabajador disminuido por su salud frente al trato discriminatorio del empleador, el cual, necesariamente debe partir del hecho comprobado que el empleador tuviera conocimiento de los padecimientos de la trabajadora, pues previo a la notificación de no renovación del contrato el 17 de agosto de 2017 la actora solo contaba con 5 días de incapacidad en el último año de servicios, los cuales no resultan suficientes para demostrar que ello le implicara la imposibilidad de desarrollar en condiciones regulares su trabajo.

Por último, la Sala de Decisión considera que en este proceso no es dable analizar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa invocada por la parte actora en la etapa de los alegatos de conclusión, ello en atención a que dicho pedimento no fue realizado en la oportunidad procesal pertinente como lo es la demanda o en la reforma de la misma, y no fue objeto de discusión durante el trámite del proceso al no quedar fijada la Litis respecto de ese pedimento. Por lo expuesto, se confirma la decisión adoptada en primera instancia. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YERALDIN GOMEZ CHINCHILLA contra UNIVERSAL PACK GROUP SAS. Rad. 11001 31 05 011 2017 00291 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

La ciudadana **YERALDIN GOMEZ CHINCHILLA**, a través de apoderado judicial, instaura demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la sociedad UNIVERSAL PACK GROUP SAS a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año; como consecuencia de lo anterior solicita se condene a cancelar a su favor el auxilio de cesantías correspondiente al año 2014, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST; se ordene la devolución de las sumas de dinero deducidas durante la vigencia del contrato de trabajo por concepto de descuento celular por el valor de $122.000, a la actualización de las sumas de dinero, a lo ultra y extra petita, y a las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que prestó sus servicios personales y subordinados a la empresa UNIVERSAL PACK GROUP SAS en virtud

de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuyos extremos laborales son desde el 16 de julio de 2014 al 15 de mayo de 2015, para desempeñar el cargo de asistente técnica, con un salario de $1.200.000, labor que desarrolló en la regional Bogotá de la empresa demandada.

Así mismo indica que, mediante documento de fecha 8 de mayo de 2015 presentó carta de renuncia voluntaria, por motivos profesionales a partir del 15 de mayo de esa anualidad, afirma que, a la terminación de su contrato no se le había consignado el auxilio de cesantías al fondo de cesantías, ni dentro de su liquidación final se le canceló el auxilio de cesantías del año 2014.

Finalmente refiere que, durante la vigencia del contrato se le realizó una deducción por concepto de "*Descuento celular*" sin autorización expresa para ello, por el uso de la línea celular corporativa número 3217857372, la cual le fue entregada para llevar a cabo sus funciones laborales, valor que corresponden a la suma de $122.000. Que el día 5 de abril de 2017, mediante derecho de petición solicitó a la empresa el comprobante de consignación de auxilio de cesantía, sin obtener respuesta alguna (fls.1 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demanda **UNIVERSAL PACK GROUP SAS** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, afirmando que, algunas de las aseveraciones hechas en la demanda revisten falsedades, alega que si existió pago del auxilio de cesantías para el año 2014 directamente, en razón de gastos de mejoramiento de vivienda, tal y como lo referenció la parte actora; Así mismo, indicó que la demandante autorizó verbalmente un descuento por préstamo que realizó la compañía por $125.000, en razón de un cambio de celular corporativo que ella misma solicitó.

Por otro lado, afirma que existe una indebida acumulación de pretensiones al solicitar la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 conjuntamente con la sanción del artículo 65 del CST; así mismo manifiesta que, no existió ningún tipo de violación a los derechos de la demandante, toda vez que las relaciones laborales con sus trabajadores siempre han sido aplaudidas por los mismos, existiendo un ambiente de cordialidad y buenas relaciones entre los que conforman el equipo de trabajo. De igual manera, señala que la demandante pretende por medio de falacias lograr el reconocimiento de la sanción moratoria a la que no hay lugar por cuanto sus prestaciones sociales le fueron canceladas en debida forma, existiendo un abuso del derecho, lo que es a todas luces improcedente por encontrar probada la buena fe.

Propuso como excepciones, las de «falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación», «pago», «prescripción», y «buena fe» (fls.60 a 66, 68 y 69).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 10 de marzo de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 16 de julio de 2014 y el 15 de mayo de 2015, donde la actora desempeñó el cargo de asistente técnica y como ultima asignación salarial la suma de $1.200.000; como consecuencia de ello, condenó a la demandada a pagar las sumas de $122.155 por concepto de devolución de sumas descontadas del salario debidamente indexadas, la suma de $586.533 por concepto de cesantías del año 2014, la suma de $3.600.000 por concepto de indemnización por no pago de cesantías en el fondo de cesantías, la suma de $40.000 desde el 16 de mayo de 2015 y hasta por 24 meses, es decir, hasta el mismo día y mes del año 2017, arrojando la suma de $28.800.000, y a partir del mes 25 deberá cancelar los intereses moratorios hasta que se verifique el pago, absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas; y condenó en costas a la parte demandada.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que no hay controversia frente a la relación laboral, los extremos laborales de la misma, el cargo desempeñado por la demandante, la última remuneración, señalando que lo anterior se excluye del debate probatorio, por haber sido aceptadas por la pasiva.

Frente a las deducciones al salario, consideró que al empleador le está prohibido realizar descuentos al trabajador sin autorización expresa como lo consagra el artículo 149 del CST, sin embargo, aquel no logró acreditar en juicio que dichos descuentos contaran con la autorización expresa de la demandante, tan solo adujo en la contestación de la demanda que esta autorización se produjo de manera verbal, sin que de ninguna de las pruebas aportadas dieran fe de la autorización de manera verbal, así mismo, en el interrogatorio de parte no se verificaron hechos susceptibles de confesión frente a este aspecto, en este sentido ante la falta de material probatorio que respalde su dicho se concluye que tal descuento se produjo sin autorización de la trabajadora, razón por la cual se dispondrá la devolución de las sumas objeto de descuento en cuantía de $122.155.

En cuanto al pago de las cesantías señaló que, de acuerdo a la documental aportada al plenario se evidencia copia de un documento con el cual se pretende acreditar el pago respectivo (fl.70), documento que carece de identidad probatoria, toda vez que, una vez verificado se desprende de su encabezado que resulta ser una autorización

de descuento por nómina o de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, donde si bien contiene los datos de la demandante, así como un concepto por auxilio de cesantías del año 2014, con arreglo locativo de $600.000, sin embargo dicho pago no estaba en cabeza del empleador por cuanto ello le correspondía al fondo de cesantías como lo establece la Ley 50 de 1990, o en su defecto pagarla de manera directa a la finalización del contrato de trabajo en caso de existir un saldo que no hubiese sido cancelado al fondo.

Así mismo, indicó que si bien a folio 70 se aporta documento en el cual se autoriza un descuento por nómina o liquidación definitiva de prestaciones sociales, el mismo fue desconocido por la parte actora, figura que no era la procedente al no cumplir con los requisitos del artículo 172 del CGP, y la correcta era la tacha prevista en el artículo 270 del CGP, sin embargo, el Despacho requirió a la parte demandada para que allegara el original de dicho pago para tramitar la tacha y así verificar su autenticidad para la demostración del pago alegado, lo cual no ocurrió, y que conlleva a que no se tenga la identidad suficiente para acreditar el pago; razones por la cuales ordenó a la pasiva a cancelar por concepto de cesantías a favor de la demandante la suma de $586.533.

En cuanto a la indemnización por el no pago oportuno del auxilio de las cesantías indicó que, la demandada no presentó argumentos que permitieran establecer las razones por las cuales no consignó las cesantías dentro del término legal en el fondo autorizado, conducta que no permite inferir que el incumplimiento de esta obligación se haya realizado por circunstancias ajenas a su voluntad, como para desvirtuar la mala fe, razón por la cual, se presume la omisión en el pago de una obligación de orden público y legalmente establecido, sin que los argumentos esbozados relacionados con el pago directo, sea suficiente para verificar una buena fe, toda vez que ni siquiera se acredito el pago de dicho concepto, por lo tanto condenó a la demandada a la indemnización pretendida.

Finalmente, frente a la indemnización moratoria señala que una vez verificadas las razones por las cuales la demandada se abstuvo de realizar el pago de las prestaciones adeudadas, ninguno de los razonamientos efectuados en el curso del proceso permitió dilucidar el motivo por el cual no realizó el pago de las prestaciones sociales en vigencia ni a la terminación del vínculo contractual, particularmente el pago de las cesantías causadas para el año 2014, en las oportunidades establecidas por la ley, por lo que no se desvirtuó la mala fe por parte de la demandada.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada apeló la decisión, indicando que no se tuvo en cuenta la prueba que allegó la sociedad en la que a la actora se le entregaron las cesantías del año 2014 de manera directa y a solicitud de la propia trabajadora, hecho que fue confesado en el interrogatorio de parte, quien manifestó que había requerido dinero del empleador para unos arreglos de la cocina, por lo que solicita que esta prueba se tenga en cuenta al fallarse en segunda instancia.

Así mismo, señala que fue probado que las actuaciones de la compañía estuvieron revestidas de buena fe, lealtad, rectitud y honestidad, dejando claro que se está frente a un abuso del derecho y un acto temerario al iniciar un proceso por la suma de $583.000 arrojando una condena de más de $30.000.000 a una empresa que se encuentra en reorganización.

Por otro lado, expone que en el 2015 se presentó la renuncia de la trabajadora, esperaron 2 años para presentar la demanda, siendo admitida y contestada, y no se generó la tacha o la oposición al documento que se presentó en el momento procesal adecuado por la ley para tal motivo, y en el 2018 en una audiencia se hace la tacha pero como no se podía hacer, el juez como director del proceso solicita a la parte demandada que le presente el documento original, y no en el momento adecuado para haberlo solicitarlo, la demandada acepta esta solicitud, no encuentra el documento original y el juez decide que esa situación acarrea sanciones para la pasiva, ello a pesar de que la demandada presentó el documento en primera instancia en copia simple como en el derecho del trabajo se puede hacer, sin perder valor probatorio, a menos que el abogado hubiese solicitado la tacha del documento, y eso no se hizo; finalmente, indica que la sentencia es perjudicial para la pasiva por la desestimación de dos pruebas las cuales desvirtúan la mala fe.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión, establecer la procedencia del pago del auxilio de las cesantías del año 2014, y de las indemnizaciones moratorias de que

tratan los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del CST, dando alcance a los términos de la apelación presentada.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute la existencia del contrato de trabajo entre las partes dado que el mismo fue aceptado por ellas, y sobre la condena relacionada con el pago de $122.155 por descuentos efectuados, los cuales no fueron objeto del recurso de alzada.

Ahora bien, a fin de resolver los reparos elevados por la parte demandada, la Sala de Decisión debe indicar que el artículo 249 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año, prestación que debe ser consignada antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación en el fondo elegido por el trabajador (Artículo 99 de la Ley 50 de 1990).

Así mismo, se debe recordar que el artículo 254 del CST es categórico en establecer que se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado, sin embargo, dicha restricción cesa en los casos establecidos en el artículo 256 ibídem y en el artículo 102 de la Ley 50 de 1990, es decir, para efectos de adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, o para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado.

Del anterior recuento normativo es claro que, la demandada se encontraba en la obligación legal de reconocer y consignar el auxilio de cesantías de la actora correspondiente al año 2014, las cuales debían ser consignadas antes del 15 de febrero de 2015 dado que el vínculo laboral feneció el ocho (8) de mayo de 2015, empero, del material probatorio aportado no se logra establecer que la demandada cumpliera con dicha obligación en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que puede llevar a concluir que es dable ordenar su pago como lo decidió el A quo, sin embargo, la parte pasiva afirma que no realizó la consignación del citado auxilio debido a que la demandante solicitó su pago parcial para efectos de arreglos locativos

en su hogar, situación que pretende acreditar con el documento obrante a folio 70 del líbelo.

Ahora bien, establecido lo anterior, es claro que el inconformismo presentado por la parte pasiva en el recurso de alzada se centra en el hecho de que el A quo no tuvo en cuenta el documento obrante a folio 70 del líbelo y el interrogatorio de parte de la actora, con los cuales se logra demostrar el pago parcial del auxilio de cesantías del año 2014, frente a ello, la Corporación debe indicar que si bien la parte actora en la diligencia del 18 de marzo de 2019 (fls.78 a 82) propuso el desconocimiento del documento antes referido y aportado por la recurrente en los términos del artículo 272 del CGP, esta fue negada por el Despacho de primera instancia al considerar que lo pertinente era solicitar la tacha del mismo, yerro que a su turno fue subsanado por el juzgador al dar trámite a la tacha (artículos 269 y 270 del CGP), para lo cual solicitó a la sociedad demandada aportar el original del mismo, sin embargo, el mismo no fue allegado bajo el argumento de que no fue encontrado en el archivo de la empresa (fl.83).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala de Decisión considera que no es dable entrar a verificar o discutir sobre el trámite de la tacha efectuada por el juez de primer grado dado que la parte demandada no se opuso o presentó reparo al respecto, lo que conlleva a que aceptara tácitamente su ejecución; aunado a ello se debe recordar que a la luz del artículo 48 del CPT y de la SS, el juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite, lo cual le permite realizar todos aquellos actos procesales a fin de esclarecer los hechos de la demanda y la contestación, lo que permite inferir que la actuación de primer grado se ajusta a los lineamientos de la norma adjetiva laboral.

Ahora bien frente al valor del documento obrante a folio 70 y con el cual se pretende acreditar el pago del auxilio de cesantías del año 2014, la Corporación observa que el mismo fue aportado en copia simple, hecho que, per se, no le resta valor al mismo conforme lo normado en los artículos 54 A del CPT y de la SS, empero, el mismo no es suficiente para acreditar el correcto pago parcial de la citada prestación por cuanto el mismo no se realizó en cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el numeral 3 del artículo 256 del CST, el cual es claro y perentorio en establecer que "*Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores se aprobarán y pagarán directamente por el empleador cuando el trabajador pertenezca al régimen tradicional de cesantías, y por los fondos cuando el*

trabajador pertenezca al régimen de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y la Ley 91 de 1989, que hace referencia al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa solicitud por escrito del trabajador, demostrando además, que estas van a ser invertidas para los fines indicados en dichos numerales."

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que, el documento por medio del cual se pretende demostrar el desembolso del auxilio de cesantías del año 2014 carece de validez a la luz de la legislación laboral (fl.70), ello en atención a que este eventual pago se realizó sin el cumplimiento previo de los requisitos legales consagrados en el numeral 3 del artículo 256 del CST, es decir, al no acreditarse al interior del proceso la existencia de la solicitud escrita de la demandante en la que peticionara a su empleador la entrega anticipada de las cesantías del año 2014, y tampoco se aportaron los respectivos soportes que acreditaran que estos dineros iban a ser invertidos pare el mejoramiento del hogar de la actora, yerro que a su turno fue admitido por el representante legal de la pasiva al momento de realizar el careo efectuado por el Despacho, cuando afirmó que no hicieron el procedimiento como lo estima la ley (audiencia del 18 de noviembre de 2019, record 22:30 a 29:10, fls.85 a 87).

Por otro lado, la Corporación considera que si bien el recurrente afirma que en el interrogatorio de parte la demandante confesó que recibió el dinero por concepto de pago parcial del auxilio de cesantías del año 2014, una vez revisada la versión de la demandante en ninguno de sus apartes la actora aceptó este hecho, contrario sensu la accionante fue enfática en indicar que "*No le solicité las cesantías al señor Juan Diego porque yo en ese momento no tenía casa propia, yo vivía con mi mamá en ese instante, entonces, primero no tenía que ir a arreglar una casa que no era mía, empezando por ahí, segundo no las necesitaba realmente pues en ese momento*" (audiencia del 18 de noviembre de 2019, record 22:30 a 29:10, fls.85 a 87), situación que deja sin fundamento la confesión pretendida por la parte pasiva ante la falta de elementos de prueba que la demostraran (artículos 167 y 191 del CGP).

Por último, y en gracia de discusión, si dentro del plenario se acreditara el eventual pago de las cesantías parciales del año 2014 en los anteriores términos, este de igual manera sería inválido tal y como lo consagra el artículo 254 del CST que establece que "*se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, **y si los efectuaren perderán las sumas pagadas**, **sin que puedan repetir lo pagado***.", consecuencia jurídica que a su turno ha sido objeto

de estudio por parte de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia quien en sentencia SL 7335 2014, consideró lo siguiente:

> "*La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía.*
>
> *Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo, sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T.* ***y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto****. Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186.*" Subrayas y negrilla fuera del texto original.

Así las cosas, es claro para la Sala de Decisión que en el presente asunto la parte recurrente no acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para realizar el pago parcial de las cesantías del año 2014, razones suficientes para confirmar la decisión de primer grado sobre este tópico.

Indemnización moratoria

Por otro lado, y respecto de la condena por concepto de indemnización por la no consignación del auxilio de cesantías establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y en el artículo 65 del CST, considera la Corporación que dichas pretensiones deben ser resueltas a la luz de la doctrina probable establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien de vieja data ha considerado que la procedencia de estas sanciones no son de aplicación automática y su imposición está supeditada a la demostración de la mala fe de la demandada (Rad. 24397 del 13 de Abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Frente a ello, la Corporación no evidencia actuar que lleve a concluir que la parte demandada actuó de mala fe por cuanto no negó la existencia del contrato de trabajo de la demandante entre el 16 de julio de 2014 y el 15 de mayo de 2015, el valor del salario de la demandante, se hizo presente al proceso a través de la contestación de la demanda, y aportó los elementos de juicio para demostrar los pagos realizados a la finalización del contrato de trabajo, empero, si bien se estableció la procedencia de la devolución de los descuentos por concepto de celular en cuantía de $122.155

ello no es suficiente para determinar la mala fe del recurrente, en tanto y en cuanto, dentro del plenario no se aporta medio de prueba que demuestre que la actora realizó, en la vigencia o la finalización del contrato de trabajo, algún reclamo sobre la forma de cómo se liquidó y pagó del salario, o sobre los descuentos realizados, máxime que dicho pedimento solo se efectuó una vez radicada la demanda.

Así mismo, respecto de la condena por el auxilio de cesantías del año 2014 por valor de $586.533, ello tampoco es suficiente para determinar la mala fe de la parte pasiva, debido a que no existe prueba que permita determinar que la actora, durante la ejecución del contrato o a su finalización, realizara reclamo alguno sobre la omisión en el pago de esta prestación social, la cual solo acaeció el hasta el 5 de abril de 2017 (fl.39), es decir, después de un (1) año, diez (10) meses y 20 días después de finiquitado el vínculo laboral.

Así las cosas, es claro para la Sala de Decisión que las anteriores circunstancias permiten ubicar a la sociedad demandada dentro del terreno de la buena fe, debido al cumplimiento de la mayoría de sus obligaciones laborales con la actora durante la vigencia y finalización del vínculo laboral; en consecuencia se revocaran las condenas por indemnización por la no consignación del auxilio de cesantías establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y dispuesta en el artículo 65 del CST. En lo demás se confirmará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente las condenas impuestas en los numerales 3 y 4 del ordinal segundo de la sentencia objeto de apelación, para en su lugar absolver a la demandada del pago de las indemnizaciones establecidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y en el artículo 65 del CST, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RAFAEL ENRIQUE CHALELA MANTILLA contra EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. Rad. 110013105-028-2018-00209-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **RAFAEL ENRIQUE CHALELA MANTILLA**, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. a reconocerle la pensión plena legal de jubilación del artículo 260 del CST, a partir del 09 de agosto de 2003, en lugar de la pensión voluntaria que se le otorgó al producirse su retiro de la empresa; para tal efecto, que se actualice el salario base de liquidación de dicha prestación, desde la fecha de desvinculación el 30 de noviembre de 2001, hasta el momento en que adquirió el derecho a ella 9 de agosto de 2003, con base al IPC certificado por el DANE; que se liquide la primera mesada pensional teniendo en cuenta el límite vigente (20 SMMLV), y a liquidar las mesadas subsiguientes y ajustes anuales autorizados, se condene a pagar la diferencia que resulte entre los valores que se le canceló a título de pensión voluntaria y el monto de su pensión legal de jubilación debidamente actualizada, desde el 9 de agosto de 2003 hasta el 8 de agosto de 2008; que se condene a pagar el mayor valor que resulte, entre la pensión de vejez reconocida por el ISS y su pensión legal de jubilación, a partir del 9 de agosto de 2008, fecha en la que el ISS le reconoció la pensión de vejez.

Como sustento fáctico a sus pretensiones en síntesis indicó que, prestó sus servicios en EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A desde el 02 de mayo de 1977 hasta el 30 de noviembre de 2001, fecha última en que concluyó el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, devengando un salario promedio mensual de $9.676.000; señaló que la compañía se comprometió a pagarle pensión de jubilación de carácter voluntario, toda vez que contaba con 24 años de servicios a la empresa a sus 53 años de edad, siendo pagada en la suma de $5.720.000, equivalentes a 20 SMLMV de la época. Expuso que, el 9 de agosto de 2003 cumplió sus 55 años de edad, completando los requisitos del artículo 260 del CST, razón por la cual, el 07 de abril de 2017 solicitó a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el limite vigente para esa fecha de 20 SMMLV, así como el pago de la diferencia entre el valor de dicha prestación y el de las demás sumas recibidas a título de pensión voluntaria, siendo despachada la solicitud de manera desfavorable. Así mismo señaló que, su pensión de jubilación está a cargo de la demandada hasta el reconocimiento de la pensión de vejez por el ISS, indicando que a partir de ese momento su pensión es compartida por ambas entidades, toda vez que, al iniciarse la obligación de afiliarse al ISS tenía más de 10 años al servicio de la demandada, finalmente indica que mediante Resolución No. 034262 del 28 de julio de 2009, se le reconoció pensión de vejez a partir del 9 de agosto de 2008, y que desde esa fecha la demandada le viene cancelando la diferencia entre el valor reconocido por el ISS a título de pensión de vejez y el valor que venía pagando por concepto de pensión voluntaria (fls.3 a 13).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la sociedad **EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se absuelva de las mismas; argumentado que la entidad le reconoció anticipadamente al demandante la pensión plena de jubilación a los 53 años de edad, conforme al acta de conciliación suscrita en el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2001, por la suma de $5.720.000 tope máximo de 20 SMMLV, exponiendo que la legislación que se encontraba vigente para esa época era la del artículo 18, parágrafo 3°, reglamentado por el artículo 2° del Decreto 314 de 1994, de tal modo que la pensión fue reconocida en los términos consagrados en el artículo 260 del CST, y actualizada año por año conforme al IPC. Agregó que el acta de conciliación goza de plena validez, toda vez que se realizó con el lleno de los requisitos legales y bajo la autorización de una autoridad judicial competente, siendo reconocida la suma de $334.467.067 con el fin de precaver cualquier litigio; señaló además, que para la época en que se suscribió el acuerdo conciliatorio el demandante tenía apenas

una de expectativa de pensión de jubilación, más no un derecho adquirido, por faltar el requisito de la edad. Indicando igualmente, que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de la conciliación de un derecho en expectativa de pensión de jubilación cuando esté a cargo del patrono. Finalmente arguyó que, al proyectar la mesada pensional del demandante, para el 8 de agosto de 2003, fecha en la cual cumple sus 55 años de edad, el monto de su pensión asciende a la suma de $7.713.287, y que aun cuando su pensión hubiese sido reconocida a los 55 años, la ley establecía un tope máximo de 25 SMMLV, el monto de su mesada pensional no hubiese alcanzado el tope máximo. Propuso las excepciones previas de «prescripción» y «cosa juzgada»; como como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación demandada», «cobro de lo debido», «pago», «prescripción», «cosa juzgada», «compensación», «buena fe» y la «excepción genérica» (fls.91 a 105).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 06 de marzo de 2020 el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, a excepción de la prescripción; condenó a la demandada a que le reconozca y pague al demandante la pensión de jubilación prevista en el artículo 260 del CST, a partir del 09 de agosto del 2003, en cuantía inicial de $7.891.780.18; condenó al pago de la suma de $196.609.485.60 por concepto de diferencias pensionales retroactivas hasta el mes de febrero del año 2020, la cual debía pagarse de manera indexada, declaró prescritas las diferencias pensionales causadas antes del 6 de abril del año 2014.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló no haber controversia respecto al vínculo laboral entre las partes entre el 2 de mayo de 1977 hasta el 29 de noviembre de 2001, fecha en la cual, de mutuo acuerdo dieron por terminada la relación laboral a través de un acuerdo conciliatorio; en cuanto a la excepción de cosa juzgada señaló que no estaba probada teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda estaban encaminadas al reconocimiento y pago de una pensión de carácter legal consagrada en el artículo 260 del CST y la prestación reconocida en el acuerdo conciliatorio tenía una connotación jurídica diferente a lo pretendido en demanda. En cuanto a la pensión plena de jubilación, explicó que conforme al acta de conciliación las partes le dieron un carácter voluntario a la prestación reconocida, precisando que para dicha data, el demandante no reunía la edad establecida en el artículo 260 CST, por lo que dicha prestación no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de la pensión que hoy se reclama, argumento que reforzó con las sentencias de la CSJ SL 6972 de 2015 y SL1390 de 2019, entre otras, señalando que a partir del 9 de agosto del año 2003 la demandada tenía la obligación de reconocerle

y pagarle a favor del demandante la pensión consagrada en el artículo 260 del CST, aclarando que ello no quería decir que el empleador estaba obligado a pagar dos prestaciones, sino a reconocer la diferencia entre lo reconocido voluntariamente y lo que resulte de liquidar el derecho conforme a las disposiciones legales al momento de su causación, agregando igualmente, que el hecho de anticipar voluntariamente el pago de una prestación no exonera de verificar si la pensión de jubilación se ajustaba a la normas legales vigentes aplicables para el día 3 de agosto del año 2003, momento en que se consolidó para el demandante su derecho pensional, y que la prerrogativa legal a favor del actor no se extinguió por el beneficio extralegal concedido de manera anticipada. En cuanto al monto de la misma, debía tenerse en cuenta el salario promedio devengado en su último año de servicios del demandante, esto es, entre el 30 de noviembre del año 2000 hasta el 31 de noviembre del año 2001, indicando que dicha suma ascendía a $9.136.081, el cual actualizado al año 2003 correspondía a la suma de $10.552.373.58, al cual aplicó como tasa de reemplazo el 75%, obteniendo como primera mesada pensional la suma de $7.891.780.18, advirtiendo que para la época en que se causó el derecho se encontraba vigente la Ley 797 del año 2003, la cual señala como tope máximo para percibir la pensión la suma de 25 SMLMV, y dicho monto no excede tal prerrogativa, además este reconocimiento correspondía hacerse por 14 mensualidades al año, teniendo en cuenta la fecha de su causación.

En lo ateniente a la excepción de prescripción señaló que, se había configurado frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 6 de abril del año 2014, teniendo en cuenta la reclamación elevada el día 7 de abril del año 2017. Sostuvo de igual modo, que para establecer el monto de las diferencias adeudadas al demandante se debe de descontar lo reconocido por concepto de mesadas pensionales y el valor asumido por la demandada, al tratarse de una pensión compartida.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló la decisión solicitando su revocatoria, pues se debe tener en cuenta el acta o mutuo acuerdo elevado a acta de conciliación ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en la que, en su numeral 6 se estableció que se reconocería la pensión plena de jubilación de forma inmediata y anticipada a favor del demandante, por un valor equivalente al 75% del promedio devengado de los últimos 12 meses, a pesar de que para la fecha el actor tenía menos de 55 años de edad; en ese orden, sostiene que si bien dicho acuerdo transaccional establece el vocablo «*voluntario*», ello no quiere decir que sea una pensión totalmente diferente a la establecida en el artículo 260 del CST, pues al reconocerse la pensión el 30 de noviembre del año 2001, cumplió a cabalidad con las normas exigidas en el artículo 260 CST, es decir, que reconoció una pensión legal de jubilación, que por más que se

haya denominado de forma equivocada, hace las veces de pensión legal de jubilación anticipada bajo las premisas del artículo 260 del CST, a pesar de que el demandante no tenía la edad pero si acreditaba el resto de requisitos necesarios para poderse pensionar. En ese sentido, insiste en que se le dio aplicación integral al artículo 260 del CST, situación que no se tuvo en cuenta por el fallador de primera instancia; adicionalmente el acta de conciliación dirimió y transó cualquier diferencia de carácter pensional, es decir, hace tránsito a cosa juzgada, pues no vulneraba ningún derecho cierto e indiscutible del demandante, por el contrario garantizaba el disfrute de una pensión en su monto máximo vigente, por lo anterior, solicita se declare que la conciliación celebrada el día 30 de noviembre del año 2001 tiene plena eficacia y validez jurídica; indicando así, que para esa fecha solo existía únicamente una expectativa que cumplió al reconocerle la pensión legal plena de jubilación al demandante, sin que tal situación modifique la naturaleza de la pensión; aunado a lo anterior, señaló que para la fecha del reconocimiento de la pensión, le era aplicable la legislación vigente para esa fecha, concretamente lo establecido en el tope pensional máximo, que se encontraba regulado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, contemplándose como tope máximo la suma de 20 SMMLV. Asimismo, indicó que los cálculos aritméticos realizados no corresponden a la realidad, teniendo en cuenta que no debía realizarse ningún incremento de 20 a 25 SMMLV, dado que al momento de reconocerse la pensión estaba vigente el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, cuyo tope máximo fue de 20 SMMLV. Finalmente señala debe darse aplicación a distintas sentencias de la CSJ SL320 de 2018, SL2748 de 2009, que dan soporte a lo antes expuesto.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., hoy PRIMAX DE COLOMBIA S.A., presenta alegatos en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. La parte actora, por su parte, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, reconociendo el derecho que le asiste para obtener la pensión legal de jubilación desde la fecha en que completó los requisitos exigidos por el Art. 260 del C.S.T., en lugar de la pensión voluntaria que ha venido recibiendo de la sociedad demandada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si la naturaleza de la pensión

otorgada por la demandada al señor RAFAEL ENRIQUE CHALELA MANTILLA a través de la conciliación celebrada el 30 de noviembre de 2001, es voluntaria como lo asegura la parte actora, o anticipada de carácter legal como lo sostiene el recurrente. Y en esa medida, establecer si se configuró o no el fenómeno de la cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que no se discute en el proceso que el señor RAFAEL ENRIQUE CHALELA laboró para EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. entre el 02 de mayo de 1977 y el 29 de noviembre del 2001; que el actor nació el 09 de agosto de 1948, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes de 2003. Tampoco se discute que la mencionada sociedad reconoció al accionante de manera voluntaria la pensión de jubilación, mediante acuerdo de conciliación celebrado el 30 de noviembre de 2001, y en tal virtud, desde ese momento se viene pagando la referida prestación, en cuantía inicial equivalente a 20 SMLMV, tal como como se corrobora con los documentos obrantes de folios 26 a 28, 31 a 33, 39 y 106 a 111, además porque tales circunstancias fueron aceptadas desde la contestación de la demanda, constan en el acuerdo celebrado entre las partes y no fueron objeto de recurso de alzada.

Ahora bien, resulta necesario recordar que el artículo 260 del C.S.T. exigía para la configuración del derecho pensional que el trabajador hubiera completado 20 años de servicios a un mismo empleador en forma continua o discontinua y el cumplimiento para los hombres de 55 años de edad, no obstante, como ya se indicó, el accionante al momento de la desvinculación y el suscitado acuerdo, no contaba con dicha edad para acceder a la prestación, procediendo el empleador de forma voluntaria a reconocer una pensión equivalente a 20 SMMLV, en observancia a la norma en mención. En tal medida, la accionada tampoco discute la aplicación del artículo 260 del CST en el caso del demandante, así como tampoco que el actor cumple con los requisitos establecidos en tal disposición legal, sino que, a su juico ya se le reconoció tal derecho, pero anticipadamente.

Pues bien, planteada como se encuentra la discusión, para resolver el problema jurídico planteado, resulta necesario mencionar que el artículo 14 del CST establece que los derechos y prerrogativas concedidas por las leyes que regulan el trabajo tienen el carácter de irrenunciables. De igual modo, el artículo 15 ibídem establece la validez de la transacción en los asuntos del trabajo, salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles y a su vez, el artículo 16 en su numeral 2°, dispone que cuando una ley nueva establezca una prestación ya reconocida espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el empleador, se pagará la que resulte más favorable al trabajador.

En tal contexto, de entrada, estima la Sala que no tienen vocación de prosperidad los argumentos de la accionada, en tanto y en cuanto, de una simple y desprevenida lectura del Acta de Conciliación celebrada entre las partes el 30 de noviembre de 2001 (fls. 27-28), se evidencia que el hecho de reconocer *«voluntariamente la pensión plena de jubilación de forma anticipada»*, esto es, antes de cumplir la edad de 55 años, como lo establece el artículo 260 del CST, permite calificar que tal derecho tiene el carácter de extralegal.

Tal consideración, encuentra sustento no sólo en las normas antes mencionadas sino en la abundante jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, verbigracia, en las sentencias CSJ SL con radicación 42141 del 3 de mayo de 2011, la radicada 39041 del 17 de abril de 2012, así como en la sentencia CSJ SL4328-2018. En ellas se ha reiterado que la pensión de jubilación anticipada reconocida por EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. sin duda alguna tiene el carácter de voluntaria, así como que, aun cuando los requisitos convencionales para una pensión coinciden con los exigidos por la ley, la prestación convencional tendrá naturaleza extralegal, justamente por su origen, sin que pueda confundirse con la que se regula legalmente.

En efecto, en la última de las citadas providencias el alto tribunal, además de recordar las mencionadas, acudió igualmente a lo dicho en las sentencias de casación CSJ SL, 19 oct. 2005, rad. 26266 y CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 35713, resaltando lo siguiente:

> *«[…]*
> *Como se ve, lo* que *pretende mostrar la sociedad recurrente, contrario a lo advertido por el Tribunal, es que, lo que se concilió, fue la pensión dispuesta en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, aspecto este que, en verdad, no puede abordarse por la senda seleccionada por la censura, dado que la conclusión del Juez de alzada, para establecer sobre el carácter voluntario de la prestación acordada en la conciliación, partió del examen de los documentos de folios 120 a 123 del cuaderno principal, para concluir que la prestación de la recurrente, era de origen voluntario y no podía equipararse a la prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo siguiente:*
>
> *Primero, porque* ***al reconocer la pensión aproximadamente 4 años antes de que el actor cumpliera los requisitos exigidos por el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, la empleadora creó un derecho extralegal*** *en virtud del cual el trabajador que tuviera 20 años de servicios podría pensionarse de manera inmediata antes de cumplir los 55 años de edad que exige la norma, que según la demanda originó el reconocimiento del derecho pensional que actualmente beneficia al demandante.*
>
> *Segundo,* ***porque conforme al precedente jurisprudencial citado, la pensión es de naturaleza extralegal cuando hay una disminución en la edad o en el tiempo de servicios exigidos en la ley, como aquí ocurrió****, y, finalmente, porque la pensión prevista en el artículo 260 equivale al 75% del promedio de los salarios devengados y no es proporcional al tiempo de servicio como lo plasmaron las partes en el acuerdo conciliatorio, al referirse a la pensión de jubilación.*
>
> *[…]*

No obstante, cabe memorar lo que esta Sala ha dicho en juicios seguidos contra la aquí demandada, donde se debatieron los mismos hechos y derechos y se concluyó, sobre el carácter voluntario de la prestación que otorgó. Es así, como en la sentencia de casación CSJ SL6972–2015, se anotó:

Tampoco está en discusión la calidad de beneficiario del actor del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al 1º de abril de 1994 contaba más de 15 años de servicio, de suerte que se suscita certeza absoluta de que al accionante le resulta aplicable al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo que establecía una edad superior a la convenida por los contendientes para el comienzo del disfrute de la prestación, lo cual ratifica la naturaleza extralegal de la pensión de jubilación.

Y en la CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 42141, se dijo:

Básicamente, el soporte fundamental de la decisión recurrida estribó en que, conforme a los términos del acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes, la pensión reconocida por la demandada al actor fue voluntaria y, en tal condición, no le resultaban aplicables los topes máximos establecidos en la ley, por estar éstos previstos únicamente para las pensiones legales.

[…]

En lo que hace al cuarto, preciso hace remitirse, en lo que respecta, al contenido del artículo 5° de la Ley 797 de 2003, que dice:

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de Ley 797 de 2003 8/30 veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Como se ve, esa normativa fija un tope máximo del monto de la mesada pensional, en 25 salarios mínimos, postura que ya ha sido acogida por esta Sala, como por ejemplo en la sentencia de casación CSJ SL, 20 en. 2012, rad. 40944, que reiteró la CSJ SL953-2007, oportunidad en la que se anotó:

No confiere en tal razón el superior un alcance distinto al artículo 18 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, cuando señala la restricción de las cotizaciones para pensión hasta un tope de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, modificada con la Ley 797 de dicho año (2003), fijando el tope máximo en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes; pese a devengar, como ocurre en el sub lite, una suma superior a aquella que sirviera de base para cotizar.

[…]».

Dicho criterio ha sido reiterado recientemente en sentencias CSJ SL5423-2019 del 03 de diciembre de 2019, la SL1821-2019 del 30 de abril de 2019 y la SL1651-2020 del 27 de mayo de 2020. Consecuente con lo anterior, y por haberse proferido dicha providencia en un asunto de contornos similares al presente asunto, en el que las partes acordaron voluntariamente a la finalización de la relación laboral, el reconocimiento de una pensión de jubilación, se concluye que la misma tiene el carácter extralegal y por ende, no es dable equipararla a la consagrada en el artículo 260 del CST como lo pretende la parte recurrente. De ahí que tampoco, se haya configurado el fenómeno de la cosa juzgada como lo sugiere la accionada.

Así las cosas, se tiene que el actor reunió los requisitos para acceder a la pensión prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo el 09 de agosto del año 2003, pues en esta fecha contaba con el tiempo de trabajo y con la edad mínima requerida; entonces en esta data causó el derecho a reclamar a la demandada el pago de la prestación de orden legal y la misma debió ser reconocida de conformidad con los parámetros establecidos por la ley, en este momento y no en otro, porque se reitera fue aquí cuando se causó el derecho legal. Siendo importante señalar en ese punto, que el hecho de que la demandada hubiese reconocido al actor una pensión por mera liberalidad no la exime del pago de la pensión legal en las condiciones establecidas al momento de la causación del derecho, pues insiste la Sala, este pago antes del cumplimiento de los requisitos hace parte de un acuerdo de voluntades que no exime ni puede estar por encima del cumplimiento de la ley.

Por lo anterior, considera la Sala que fue acertada la conclusión del a quo, quien concluyó que por estar vigente al 09 de agosto de 2003 la Ley 797 de 2003 que contemplaba un tope máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales como monto de la pensión, según las voces del art. 5 inciso 4 de la Ley 797 del año 2003, reiterado por el Acto Legislativo 01 de 2005, es la que debe aplicarse en el presente caso, situación que presenta un mayor valor de la mesada pensional legal en relación con la mesada pensional convencional que se limitó a 20 salarios mínimos legales vigentes, dado que este era el tope vigente para las pensiones en el año 2001. Por lo tanto, debido a que la pensión legal, que según las normas sustantivas antes mencionadas se constituye en un derecho irrenunciable para los trabajadores, le es más favorable al actor, toda vez que, como es evidente sus mesadas se incrementan en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, no existe duda alguna que al demandante le asiste derecho a obtener el reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 260 del CST en cuantía equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pensión que, para todos los efectos legales, sustituye a la pensión extralegal reconocida voluntariamente por la empleadora, precisándose en todo caso, que ello no implica modificación, ni reliquidación de la pensión convencional, en tanto y en cuanto, la limitación que el empleador hizo del derecho extralegal en 20 salarios mínimos, no merece reproche alguno, porque simplemente se está reconociendo un derecho legal en cumplimiento de las normas vigentes que disponen un tope de mesada de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En conclusión, la sentencia se confirmará por cuanto la demandada no ha reconocido el derecho pensional consagrado en el artículo 260 del CST a favor del actor; y en este

orden de ideas, al haberse resuelto los puntos objeto de apelación y siendo claro que resulta procedente el pago de la prestación en la cuantía límite de 25 SMLMV, quedó agotada la competencia de este Tribunal.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YOLANDA DELGADO GONZALEZ contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-030-2018-00594-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo del 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **YOLANDA DELGADO GONZALEZ**, pretende que se ordene a PORVENIR S.A. autorizar el traslado de régimen solicitado el 19 de febrero de 2004, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual y a ésta última a recibirlos actualizando su historia laboral, incluyendo los aportes realizados en el RAIS.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 19 de febrero de 1958, cumplió 35 años de edad el 19 de febrero de 1993, 55 años de edad el mismo día y mes del año 2013, y 57 años en el 2015. Que inició su vida laboral en el año 1980 cotizando con diferentes empleadores hasta la entrada en vigencia del acto Legislativo 1 de 2005, 488.57 semanas, por lo que si bien era beneficiaria del régimen

de transición, el mismo se le extinguió el 31 de julio de 2010, de modo que le es aplicable a su situación pensional la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, siendo la edad mínima de pensión y de traslado de régimen pensional, los 57 años de edad. En tal sentido, indicó que el 01 de agosto de 1997 se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y pretendió retornar al RPMPD mediante formulario de traslado el 19 de febrero de 2004, cuando tenía 46 años de edad, por ello, no se encontraba a menos de 10 años de tener la edad para la pensión de vejez. Manifiesta de esta manera, que comenzó a realizar desde ese momento sus aportes a pensión al ISS, hoy COLPENSIONES. Asimismo, refirió que el 09 de mayo de 2018, realizó nuevamente solicitud encaminada a que se estudiara la primigenia solicitud de traslado radicada el 19 de febrero de 2004; el 15 de mayo del 2018 hizo a PORVENIR la misma solicitud, la cual fue negada el día 18 de mayo de 2018 argumentando que no era beneficiaria del régimen de transición y no contaba con 750 semanas cotizadas al 01 de abril de 1994 para regresar al RPM en cualquier tiempo. COLPENSIONES por su parte, le informó el 21 de mayo de 2018 que le daría respuesta de fondo a la solicitud, una vez investigaran y revisaran los documentos radicados el 19 de febrero de 2004 (Fls. 38 a 46).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente que en el caso en cuestión, la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición, por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, y en el caso en concreto la actora cuenta con más de 50 años, debió realizar la presentación de la demanda cuando le faltara más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para obtener la pensión de vejez, por tanto no es posible su retorno al régimen administrado por COLPENSIONES. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 52 a 60).

La **AFP PORVENIR S.A.** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, argumentando que es improcedente la solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS, por cuanto no existe vicio alguno del consentimiento expresado por la accionante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP. Por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante, puesto que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir el RPMPD o RAIS, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó por escrito su elección al momento de vincularse o de traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al

respectivo fondo, así mismo, argumenta desconocer el deseo de la accionante de cambiar de régimen con anterioridad a cumplir la edad requerida para obtener la pensión de vejez, ya que a la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 57 años. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe» «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 89 a 103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de marzo de 2020, declaró válido el traslado de régimen pensional de la accionante de la AFP PORVENIR S.A. al extinto ISS, hoy COLPENSIONES, con efectividad a partir del 19 de febrero de 2004; declaró válidamente vinculada a la accionante al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos, deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES actualizar la información en su historia laboral, una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis, que la accionante solicitó el cambio de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de los 57 años de edad, es decir, lo hizo en los precisos términos que establecía la Ley 797 de 2003, art. 13, por lo que en este caso, no es posible hablar de una nulidad, la cual se da en aquellos casos en que no se agotan los tiempos establecidos por la Ley; aquí lo que había era una omisión del entonces ISS como administrador del RPMPD, toda vez que obra en el expediente obra prueba del formulario de retorno al ISS el 19 de febrero de 2004, de modo que la voluntad de retornar al RPMD se expresó al radicar tal la solicitud de cambio de régimen, lo cual ratificó posteriormente a COLPENSIONES, por ello el entonces ISS estaba en la obligación de entregar la información que se encontraba en sus archivos a COLPENSIONES. Precisó respecto al comité de multiafiliación que indicó que la afiliación válida era la de PORVENIR, pero sin embargo, desconoció los términos establecidos por la Ley para solicitar los traslados correspondientes. De tal manera que la solicitud de retorno al ISS se hizo en debida forma, se respetó el tiempo mínimo de permanencia en el RAIS y por ello era viable declarar que el traslado al ISS era válida, siendo procedente la condena a PORVENIR S.A. de realizar el traslado de

los aportes, junto con los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración desde el 19 de febrero del 2004, hasta cuando se haga efectivo el traslado, debidamente indexado, junto con las costas del proceso en conjunto con COLPENSIONES; en cuanto a la excepción de prescripción, indicó que no se encontraba probada porque en este caso, hubo una omisión por parte del ISS, incluso de COLPENSIONES, que vinieron a dar respuesta a la solicitud el 28 de diciembre de 2017, estando suspendido el término prescriptivo hasta ese momento y la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVERNIR S.A.**, apeló la decisión para que se revoque lo atinente a las costas procesales y los gastos de administración, argumentando para tal efecto que la solicitud de retorno del RAIS al RPMPD, ocurrido en febrero del año 2004 fue directamente a COLPENSIONES, fue una omisión que cometió dicha entidad al no haber realizado el trámite correspondiente; indicando, PORVENIR es un tercero de buena fe que no tenía como saber y cómo realizar ese trámite, pues fue una omisión de COLPENSIONES. Además, indicó que, aunque se hizo un comité de multiafiliación, este no se hizo dentro del mismo año, por ello no podían saber que la señora demandante quería o deseaba realizar un retorno al ISS, por tanto, ante tal omisión no es dable que se vea perjudicada con gastos de administración y costas. Adicionalmente, indicó que los gastos de administración no hacen parte de la pensión, no la financian, incluso durante todo el tiempo de afiliación de la actora a PORVENIR siempre ha estado asegurada por invalidez y muerte, no siendo dable su retorno, lo cual además está prescritos. Reitera en cuanto a la condena en costas, que al haber sido una omisión de un tercero PORVENIR S.A. no debe pagar las consecuencias. Finalmente indicó que, aunque está de acuerdo con que la demandante sí efectuó la solicitud de traslado oportunamente, la omisión corre por cuenta de COLPENSIONES y por ello se le debe absolver tanto de la imposición de costas como de la devolución por gastos de administración.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, aunque sustentado en que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria al RAIS, siendo un acto jurídico válido. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, pues sostiene que la demandante solicitó oportunamente su retorno al RPMPD.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, inicialmente, en el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de COLPENSIONES, si la demandante diligenció su trasladó al régimen de prima media conforma al requisito de que trata el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003. De ser afirmativo lo anterior, establecer si hay lugar a condenar en costas a las accionadas y si la AFP PORVENIR S.A. debe devolver los gastos de administración junto con los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

CONSIDERACIONES

Preliminarmente, ha de precisarse que se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso que la señora YOLANDA DELGADO GONZÁLEZ, estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 01 de febrero de 1980 hasta el mes de julio de 1997, tal y como se advierte del reporte de semanas de cotización obrante a folios 51, 120 vto.; de igual forma, es un hecho indiscutido dentro del proceso, que la demandante se encuentra actualmente afiliada a la AFP PORVENIR, del régimen de ahorro individual, desde el 01 de agosto de 1997, situación que se corrobora con el formulario de afiliación visible a folios 14 y 105. Aunado a lo anterior, tampoco surgió reparo alguno en cuanto a que la demandante nació 19 de febrero de 1958 (fl.4).

Hechas las anteriores precisiones, es menester precisar por esta Sala de Decisión que si bien es cierto las demandadas al contestar la demanda e incluso en los alegatos de conclusión en esta instancia, ponen de presente que se trata de un asunto de ineficacia o nulidad del traslado por haber faltado la AFP PORVENIR al deber de asesoría e información; lo primero que se ha de dilucidar, por haberse así también discutido en el trámite de la primera instancia, es sí la demandante tenía derecho a retornar al régimen de prima media por haber elevado la solicitud faltándole más de diez años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión, que es asunto totalmente diferente a una petición de nulidad de traslado por falta de asesoría e información sobre los regímenes pensionales.

A este respecto, sea lo primero indicar que a voces de lo dispuesto por el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, todos los afiliados al Sistema General de Pensiones, tienen derecho a efectuar traslado entre regímenes, siempre y cuando cumplan con los requisitos de permanencia y temporalidad de la solicitud respectiva, de la siguiente forma:

> *«e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez…»*

Lo anterior, en palabras simples y puntuales, traduce en que 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 establece la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

Es conveniente precisar que acorde con los diversos pronunciamientos que han surgido en relación con el traslado entre regímenes pensionales, el Alto Tribunal Constitucional, en sentencia SU-130-2013, recordar e insistir, en lo siguiente:

> *«Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen».*

Así las cosas, conforme a lo probado en el expediente se tiene que la actora procedió a elevar solicitud de traslado al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) mediante formulario de vinculación ante el ISS, el 19 de febrero de 2004 (fl. 15), siendo la edad para acceder a la pensión por vejez a voces de lo dispuesto por el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2.003, para el caso de las mujeres, 57 años, de modo que si la actora nació el 19 de febrero de 1.958, a tal edad arribó el mismo día y mes del año 2.015, lo que lleva a concluir que efectivamente la reclamación se efectuó en los términos dispuestos por la norma cita, es decir, faltándole más de diez años para cumplir la edad requerida. Por lo tanto, y atendiendo la diafanidad y literalidad de la norma, es menester concluir que tal y como lo acertó el A quo, hay lugar a autorizar el

traslado de la demandante, al tener derecho a ello, pues incluso se respetó el tiempo mínimo de permanencia en el RAIS (1997 a 2004) y si bien hubo comité de multiafiliación donde se concluyó que la demandante estaba válidamente afiliada a PORVENIR (fl. 124), lo cierto es que no se tuvo en cuenta que ya la demandante había solicitado en forma legal y oportuna su retorno al RPMP, incluso venía realizando cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, por creer que era allí donde se encontraba vinculada regularmente.

Ahora bien, también se duele la recurrente, de que se ordene el traslado sin poder efectuar los respectivos descuentos por la gestión y administración que realizó por el tiempo de afiliación, lo cual claramente es un efecto que sólo se puede derivar de considerar que efectivamente lo que existió fue una ineficacia o nulidad del traslado al RAIS., por lo que considera esta Sala, que tiene vocación de prosperidad este reparo, en primer lugar, porque el traslado es procedente por virtud del art. 13 de la Ley 100 de 1993, y no como consecuencia de una ineficacia o nulidad; por lo que habrá de revocarse parcialmente la decisión proferida en primera instancia en cuanto a que al autorizarse el traslado no se pueda realizar descuento por gastos de administración, pues esta, se insiste, es una consecuencia propia de cuando se declara ineficacia o nulidad del traslado, entre tanto, aquí si se está frente a una autorización de traslado por haberse cumplido con los requisitos legales para tal fin, lo cual, trae aparejado que dichos gastos de administración se hicieron en legal forma.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable el traslado de régimen, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada PORVENIR, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la AFP PORVENIR S.A. quien desde que contestó la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia, únicamente en lo que se refiere a la expresión *«y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen»*. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BENJAMIN SUSPES SIERRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-010-2019-00332-01.

Con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida 13 de julio de 2020 por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **BENJAMIN SUSPES SIERRA** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES a reajustar el valor inicial de la pensión de vejez en el 14% adicional, reconocida a partir del 12 de abril de 2014 (sic) en adelante, correspondiente al incremento por su esposa la señora ELIZABETH BULLA DE SUSPES. Se condene igualmente a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 10 de julio de 1950, que cumplió 60 años en el año 2010 y cotizó al ISS hoy COLPENSIONES más de 1.400 semanas, siendo reconocida su pensión de vejez el 19 de julio de 2012, según el Decreto 758 de 1990 aplicando un 90% como tasa de reemplazo, agregó que el monto de su pensión es de $1.496.912. Explicó que convive con la señora ELIZABETH BULLA DE SUSPES desde el 26 de julio de 1970 fecha en la cual contrajeron nupcias, unión de la cual procrearon 5 hijos, hoy día mayores de edad y se valen por sí mismos. Finalmente indicó haber solicitado el reconocimiento del

incremento por persona a cargo, el 12 de abril de 2017, sin que hasta la fecha COLPENSIONES haya emitido respuesta alguna (fls. 17 a 23 y 50).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, tras considerar, no le asiste derecho al actor al reconocimiento y pagó del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, al no acreditar debidamente los requisitos establecidos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, especialmente lo relacionado con la dependencia económica respecto del pensionado, así mismo, porque el derecho se encuentra prescrito de conformidad con el artículo 151 del CPTSS y 488 del CST, toda vez que al actor se le reconoció la pensión de vejez, mediante Resolución No02499 de 2012 y la reclamación administrativa sólo se elevó hasta el 12 de abril de 2017. Aunado a lo anterior, argumentó que con la sentencia SU 140 de 2019 se estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, el mencionado artículo 21 del Decreto 758 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 01 de abril de 1994. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción y caducidad»; «Declaratoria de otras excepciones»; «Cobro de lo no debido»; «No configuración del derecho al pago de indexación» e «Inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir». (Fls. 58 a 63).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 13 de julio de 2020, declaró no probada la tacha sobre la credibilidad del testimonio de YEIMI PAOLA CAVIEDES CORAL, declaró probada la excepción propuesta por COLPENSIONES de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y en consecuencia absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada en su contra. Condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión consideró, en síntesis, que la Corte Constitucional estableció que existió una derogatoria orgánica del Decreto 758 de 1990 en su artículo 21, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de esa derogatoria, no se encuentran vigentes los incrementos pensionales por persona a cargo, estando vigente sólo para las personas que adquirieron el derecho pensional antes del 01 de abril de 1994. No obstante lo anterior, advirtió que se apartaba de esta sentencia, poniendo de presente a la Corte Suprema de Justicia, la cual ha recordado que corresponde a los jueces de instancia, decisiones coherentes; en consecuencia, el órgano de cierre de la jurisdicción

ordinaria ha establecido que se encuentran vigentes los incrementos pensionales, así las cosas recuerda que el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 requiere que el cónyuge o compañero, dependa económicamente del pensionado. En tal sentido, advirtió que se encontraba probada la condición de cónyuges, al igual que no se demostró que la señora cónyuge del actor tuviera pensión, cumpliendo así el segundo requisito; en cuanto al requisito de la dependencia económica, puso de presente la afiliación en salud de la señora ELIZABETH, en la cual se tiene que está afiliada como cabeza de familia, por lo que, no es beneficiaria del demandante, al no tenerla como su dependiente económica, pues está afiliada directamente al sistema de salud desde el 29 de mayo de 2018, considerando entonces la A quo, que de las pruebas aportadas no se evidenciaba la dependencia económica, razón por la cual, no tenía derecho al referido incremento pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada Colpensiones presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia; la parte actora por su parte, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, de ser así, establecer si este se encuentra prescrito.

CONSIDERACIONES

El reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el

contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución GNR 02499 del 19 de julio de 2012 (fls. 03 a 05), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge, la señora ELIZABETH BULLA DE SUSPES

La condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el Acta de Matrimonio por el rito católico obrante a folio 51 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora ELIZABETH BULLA DE SUSPES, desde el veintiséis (26) julio de 1970.

En cuanto a la dependencia económica de ELIZABETH BULLA DE SUSPES respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fueron recibidas las declaraciones de las señoras YEIMI PAOLA CAVIEDES CORAL, MARIA CASTEBLANCO DE BULLA y de la señora cónyuge del actor ELIZABETH BULLA DE SUSPES. Esta última informó que está casada con el accionante hace 50 años, indicó que está afiliada a la seguridad social en salud, por una de sus hijas KATHERIN SUSPES hace 2 años en la AFP SURAMERICANA, no obstante en este punto, la juez a quo advirtió que no aparecía como beneficiaria por su hija, si no como afiliada cabeza de familia. Luego de ello, retomó su versión la declarante explicando que nunca se ha separado del demandante, que vivieron 16 años en Manizales, y llevan 5 años en su vivienda actual, informó que no labora, y que ninguno de sus 5 hijos le ayuda económicamente porque cada uno tienes sus propias obligaciones. Por su parte, la señora MARIA CASTEBLANCO, informó ser cuñada de la señora ELIZABETH, a quien conoce hace 37 años, así como al demandante, indicó que le consta que el accionante está casado con la señora ELIZABETH, que tuvieron 5 hijos, agregó que la señora ELIZABETH no tiene ninguna actividad laboral y que nunca la ha tenido, manifestó que los hijos de la señora BULLA no le ayudan económicamente, así mismo, explicó que la

vivienda donde habita la señora ELIZABETH es propia, indicó que el dinero para el sustento se lo da el accionante, porque así se lo manifestó la señora BULLA, dijo constarle que nunca se han separado. Finalmente la señora YEIMI PAOLA CAVIDES informó que es esposa de uno de los hijos del accionante, expuso que conoce al señor BENJAMIN hace 13 años, que está casado con la señora ELIZABETH BULLA, que tuvieron 5 hijos, que la señora BULLA se dedica al hogar, que ni su esposo ni sus hermanos le ayudan económicamente, indicó que la señora BULLA no tiene bienes que le permitan obtener provecho económico, no obstante tienen su casa propia, dice constarle que está afiliada al sistema de seguridad social, pero no sabe en qué calidad, agregó que el sustento se lo brinda el señor BENJAMIN, como mercado, servicios, pasajes para ir a sus citas médicas, cuotas moderadoras, explicó que ellos nunca se han separado, y concluyó que desconoce si la señora ELIZABETH tiene tratamientos médicos.

Se concluye entonces que a las declaraciones anteriores se le asigna plena credibilidad, pues corresponden a testigos directos de los hechos afirmados, además de complementarse con la documental allegada, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica de la cónyuge con relación al demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada. Aunado a ello, contrario a lo afirmado por la a quo, ello no se desvirtúa con el certificado de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, como quiera que, si bien allí se indica que la cónyuge del actor se encuentra inscrita como cabeza de familia, no es menos cierto, que el régimen al cual se encuentra vinculada es el subsidiado, por lo que de ello no puede derivarse una independencia económica respecto del pensionado.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, además, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de haberse propuesto la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante, lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala de Decisión la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de *in dubio pro operario,* obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado *reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado*; en este caso concreto por no existir evidencia en contrario, lo es desde que el afiliado adquirió el status de

pensionado el 1 de agosto de 2012 a través de Resolución 02499 del 19 de julio de 2012, la cual le fue notificada el 24 de diciembre de 2012 (fls. 3 a 5), pero la reclamación administrativa solo fue efectuada ante Colpensiones el 12 de abril de 2017 (fl. 07) y la demanda se presentó el 22 de noviembre de 2018 (Fl. 24), es decir, que la reclamación con la que se interrumpe la prescripción se hizo con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, por lo que es claro en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste criterio atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que en este asunto hay lugar a declarar probada la prescripción total, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación del derecho, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

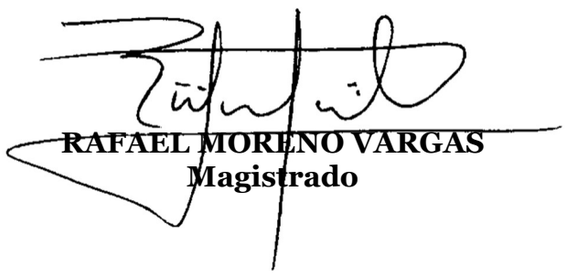
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

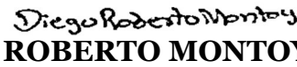
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de Octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SIXTA TULIA PIEDRA DE MONROY contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 110013105-035-2018-00658-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante y el Curador Ad Litem de MUEBLES BEDOYA LTDA contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **SIXTA TULIA PIEDRA DE MONROY** pretende se ordene a COLPENSIONES reconocerle y pagarle pensión de vejez en forma retroactiva desde el momento en que cumplió la edad de retiro o desde la última fecha de cotización, más las mesadas adicionales y los incrementos de ley; se ordene a COLPENSIONES realizar la corrección de su historia laboral, por inconsistencias en su número de semanas cotizadas; se le reconozca la mesada 14 de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y el Acto Legislativo 01 de 2005; se ordene a la demandada darle todos los beneficios contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se condene al pago de los intereses moratorios desde la fecha de la solicitud de su pensión hasta la fecha efectiva de su pago; costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, en síntesis indicó que, nació el 02 de diciembre de 1949, por lo que al año 2018 contaba con más de 68 años de edad, argumentó que al momento de solicitar a COLPENSIONES su historia laboral

evidenció que existían yerros que afectaban sus semanas cotizadas, añadió que cotizó desde el 16 de febrero de 1972, y que para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad y con 767 semanas cotizadas al sistema pensional, siendo beneficiaria del régimen de transición en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Informó que laboró para las empresas MUEBLES BEDOYA LTDA en el periodo comprendido del 16/02/1972 al 30/09/1990 un equivalente de 953.14 semanas, la empresa LEYVA ZAMBRANO ALVARO Y OTROS por el lapso del 08/01/1992 al 07/09/1992 un total de 34.14 semanas, nuevamente para la empresa MUEBLES BEDOYA LTDA por el periodo comprendido del 01/01/1993 al 31/12/1994, un total de 102.84 semanas, periodos que están siendo desconocidos por COLPENSIONES por no haberse realizarse dichos aportes en su momento, agregó que se según cálculos en total tiene 766.57 semanas. Finalmente subrayó que cotizó en toda su vida laboral más de 1.038.7 semanas, que reingresó a laborar a la empresa MUEBLES BEDOYA LTDA en enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994, para un total de 104 semanas, por lo expuesto, concluyó diciendo que cumplió con todos los presupuestos consagrados para su pensión de jubilación (fls. 3 a 8 y 66).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se absuelva de las mismas; argumenta que la demandante no acreditó las 500 semanas de cotización al ISS en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni las 1000 semanas en cualquier tiempo. Argumentó que una vez revisada la historia laboral, se observa que la actora acreditó 766 semanas; que si bien, por la edad la actora es beneficiaria del régimen de transición y eventualmente sería posible aplicar a la demandante el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que exige para acceder a la pensión de vejez, acreditar los 55 o 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o un total de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, aseverando, que la misma cumple con la edad requerida pero no acreditó las 500 semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni las 1000 semanas en cualquier tiempo, razón por la cual no es procedente el reconocimiento pensional solicitado. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni la indexación o reajuste alguno», «carencia de causa para demandar» y «prescripción» (fls.72 a 77 y 86).

Mediante auto del 04 de abril de 2019, el juzgado de conocimiento ordenó vincular al proceso como litis consorte necesario a la empresa MUEBLES BEDOYA LTDA (fol. 107), entidad que, por medio de curador ad litem contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para ello se fundamentó en lo establecido en las sentencias T-920 de 2010, T- 377 de 2011, T-042 de 2010, T-362 de 2011, T-079 de 2016 y el articulo 77 del Decreto 2665 de 1988, en ese orden manifestó que el afiliado que haya realizado tardíamente el pago de sus cotizaciones al sistema en pensiones como trabajador independiente, si la entidad correspondiente no exceptuó el pago de tal situación, se presume que consintió la mora, al aceptar su pago tardío, añadió que el ISS está en el deber de exigir al empleador la cancelación de los aportes pensionales y eventualmente imponerles sanciones por las vías establecidas, pero no hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas de la mora del empleador en el pago de los aportes. Propuso como excepciones de mérito, las de «buena fe por parte del empleador», «presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «innominada o genérica» (fls. 136 a 140).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 31 de agosto de 2020, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la empresa MUEBLES BEDOYA LTDA a pagar a la demandante el cálculo actuarial por el interregno del 16 de febrero de 1972 al 30 de abril de 1972 y del 02 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, teniendo en cuenta como salario para el año 1972 la suma de $1.290 y para el año 1986 la suma de $39.310 y absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, anotó que para el 1° de abril de 1994 la demandante contaba con 44 años de edad, superando uno de los dos requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual conservó hasta el 31 de diciembre de 2014 en los términos del acto legislativo 01 del 2005, toda vez que contaba con 756 semanas de cotización al 25 de julio de 2005. Manifestó en torno al número real de semanas cotizadas por la actora para alcanzar la pensión de vejez, que se debía estudiar la mora en las cotizaciones y falta de afiliación de la actora, para ello referenció las sentencias de la CSJ SL (SL4021 de 2019, 34270 de 2008, 38622 de 2011, 43839 de 2013, 41802 de 2013), así como lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003; en ese orden sostuvo, los aportes que se echan de menos son del 16 de febrero de 1972 al 30 de abril de 1972, del 2 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, 1° de junio de 1986 al 30 de junio de 1990, 1° de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994, afirmando la demandante haberlos laborado con la demandada Muebles Bedoya Ltda. Indicando así que para efectos de comprobar su afiliación laboral se

aportó certificados de 16 de febrero de 1972 al 30 de septiembre de 1990 (fols. 13 a 14), acta de conciliación fechada el 26 de mayo de 1992 (fol. 15), contrato de trabajo a término indefinido (fol. 17), evidenciando que la actora laboró para dicha entidad desde el 16 de febrero de 1972 al 30 de septiembre de 1990, así mismo precisó que no se demostró la relación laboral entre los mismos sujetos del 1° de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994.

En cuanto a los aportes a pensión, advirtió que existe una contradicción en lo reflejado en la historia laboral de la demandante y su registró de aportes a pensión, identificando como ciclos de cotización en mora, los periodos incluidos del 14 al 15 de septiembre de 1987, 29 de septiembre de 1987 al 13 de diciembre de 1988, del 15 de febrero al 1° de marzo de 1989, y del 1° de marzo del 1989 al 30 de septiembre de 1990, fecha ultima en la que feneció la relación laboral de la demandante con la demandada Muebles Bedoya. Lamentando que el ISS hoy COLPENSIONES en su momento no adelantara los trámites previstos en la Ley como era su deber para este tipo de obligaciones en mora, y por tanto las mismas fueron laboradas, y como no se tuvieron en cuenta por la administradora del RPM expresó que serán sumadas como válidas, apuntando que dichos ciclos correspondían a 150.7 semanas. En cuanto a los periodos del 16 de febrero de 1972 al 30 de abril de 1972, del 2 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, estimó no era dable darles el mismo tratamiento por presentarse falta de afiliación, pues ello conllevaba otros efectos, siendo claro entonces que MUEBLES BEDOYA LTDA no efectuó cotizaciones a favor de la demandante durante estos periodos cuando era su obligación hacerlo; en consecuencia, debía pagar el cálculo actuarial por los periodos 16 de febrero de 1972 al 30 de abril de 1972, y del 02 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, anotando que los ciclos con falta de afiliación solo se aplicarían de manera retroactiva a los periodos declarados en la medida en que sea cancelado el correspondiente cálculo actuarial ordenado de manera Ultra Petita. En ese orden de ideas, señaló, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 la actora contabilizaba 917.27 semanas, de las cuales solo 260 fueron cotizadas y pagadas durante los últimos 20 años al cumplimiento de la edad pensional, sin cumplir con el requisito de semanas cotizadas, imponiéndose la absolución a COLPENSIONES de las pretensiones en su contra. Frente a la excepción de prescripción subrayó que la misma no prospera frente al pago de aportes al sistema a través de un título pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El Curador Ad Litem de MUEBLES BEDOYA LTDA apeló la decisión en su ordinal primero, para ello argumentó que en el plenario no aparece prueba alguna del

contrato de trabajo, ni ninguna reclamación que haya hecho la parte actora a Muebles Bedoya en ese sentido, igualmente manifestó que no está claro para la sentencia, que en algunas veces se actuó a nivel personal el señor Bedoya y en otras como sociedad limitada.

El apoderado judicial de la parte Demandante, de igual manera apeló la decisión, manifestando para tal efecto, que se desconoció que la demandante presentó la solicitud de reconocimiento de vejez el día 23 de julio de 2003 en vigencia del régimen de transición, indicó que existe material probatorio suficiente donde se puede evidenciar que se presentaron 76 tarjetas de prestación del seguro social, sin existir ninguna interrupción dentro del trámite administrativo o judicial, enfatizando que siempre estuvo activa en el sistema, lo cual se corrobora en pruebas tales como el contrato laboral, liquidación, documentos que dan certeza de su existencia a lo largo de su vida laboral con la entidad demandada. De igual modo, aseveró que dentro de la Resolución SU 111756 de 2017 se le reconocieron 766 semanas de las ya contempladas. Subrayó que no es obligación del empleado verificar si está activo o no, toda vez que se debe de presumir la buena fe del empleador, más aún cuando se recibieron tarjetas de prestación del servicio emitidas por el ISS en su momento. Agregó que en el año 2013 inició reclamación formal ante la entidad y estas fueron reiteradas hasta el año 2015, presentando una nueva solicitud en el año 2017 y luego se presentó la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones. La parte demandante en similares términos a los de la alzada, solicitó se revoque la decisión de primera instancia en lo desfavorable y se condene al reconocimiento pensional solicitado. COLPENSIONES por su parte, solicitó se despachen desfavorablemente los argumentos del líbelo demandatorio y, así, se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, inicialmente, si se demostró la relación laboral de la demandante con MUEBLES BEDOYA LTDA. Superado lo anterior, se establecerá si a la demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, determinado para tal efecto, si hay lugar a contabilizar los periodos de cotización denunciados por el

recurrente, de ser afirmativa la conclusión del estudio, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el primer problema jurídico propuesto, esto es, si se demostró la existencia del contrato de trabajo entre la señora demandante y la vinculada en calidad de litisconsorte MUEBLES BEDOYA LTDA. Frente a lo cual, se advierte que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales «carga procesal de quien demanda pues sin ello es imposible liquidar cualquier acreencia que de ella pueda surgir (artículo 167 CGP)», le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que, con el acervo probatorio allegado, concluye esta Corporación que se tiene por acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios personales a la sociedad demandada, lo cual se extrae de la prueba documental aportada a los autos, específicamente las certificaciones laborales que obran de folios 13 y 14, las actas de conciliación expedidas por la Inspección Octava de Trabajo del Trabajo de la Regional de Bogotá y Cundinamarca -fls. 15 y 16-, de donde se extrae que la actora laboró al servicio de MUEBLES BEDOYA LTDA. entre el 16 de febrero de 1972 al 30 de septiembre de 1990. Conforme a tal acreditación, la

parte actora cuenta a su favor con la presunción contenida en el artículo 24 del CST, es decir, debe presumirse de entrada la existencia de la relación laboral que reclama y como presunción es de carácter legal admite prueba en contrario, no obstante, no existe prueba alguna que la haya derruido, pues la accionada no compareció al proceso sino a través de curador ad litem. De ahí que no le asista razón al curador recurrente, por ello se prohíja la decisión de primer grado en este puntual aspecto, empero, tal y como se duele la parte actora, ello no quedó consignado en la parte resolutiva de la decisión, por lo que esta se adicionará en tal sentido.

PENSIÓN DE VEJEZ

Frente al segundo problema jurídico planteado, debe señalarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones.

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales, se procede a decidir el problema jurídico para lo cual se advierte que, respecto de la empresa MUEBLES BEDOYA LTDA., efectivamente existió con la demandante relación laboral con la misma entre el 16 de febrero de 1972 y el 30 de septiembre de 1990, empero, no se

efectuaron cotizaciones por todo ese tiempo laborado, ello se evidencia de la demostración efectiva del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social por parte de esta y tal como se extrae de las distintas historias laborales aportadas al plenario, en especial la aportada con la contestación de la demanda y actualizada al 04 de marzo de 2019, en la que se indica que dicho empleador sólo cotizó entre el 01 de mayo de 1972 al 01 de enero de 1986 y del 24 de enero de 1986 al 31 de mayo de 1986. Empero en la historia laboral tradicional aportada por las partes, y en el detalle de pagos efectuados se advierte *mora por parte del empleador* a partir del 01 de junio de 1986 hasta el 15 de septiembre de 1987, luego del 15 de febrero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1992 y así hasta el 31 de diciembre de 1994. No obstante, resulta claro que no habría lugar a imputar todo ese tiempo, pues claramente la relación laboral se mantuvo únicamente hasta el mes de septiembre del año 1990.

En efecto, revisadas las demás historias laborales tradicionales y novedades aportadas, tanto por la parte actora como lo aportado por COLPENSIONES en el expediente administrativo en medio magnético, se evidencian las siguientes novedades de ingreso: el 01 de mayo de 1972 con novedad de retiro el 02 de febrero de 1985, ingreso el 09 de setiembre de 1987 y retiro el 30 de diciembre de 1988, en este lapso de tiempo se observa deuda por parte del empleador. Luego se reporta una novedad de ingreso para el 14 de septiembre de 1987 y retiro el 01 de marzo de 1989, con la observación de deuda y/o mora por parte del empleador. Finalmente se reportó novedad de ingreso para el 01 de marzo de 1989 que culminó con la ya mencionada finalización en el mes de diciembre de 1994. Aunado a lo anterior, al plenario también se aportaron algunas copias de tarjetas de comprobación de derechos que dan cuenta de la afiliación con el número patronal perteneciente al referido empleador, al menos hasta el mes de septiembre de 1986.

En ese orden de ideas, si bien se presentan algunas inconsistencias en la información reportada a lo largo de las distintas historias laborales, para la Sala, de todo ese galimatías probatorio, en sana lógica resulta válido imputar las semanas o periodos laborales entre el 01 de junio 1986 y el 30 de septiembre de 1990, pues se evidencia la afiliación y reporte de novedades al sistema de pensiones por parte del empleador, advirtiéndose con ello la relación laboral que da origen a la misma, por ende, la consabida obligación de cobro por parte del ISS hoy COLPENSIONES. Tales tiempos de imputación, arroja un total de 224.14 semanas.

De otro lado, debe precisar la Sala con relación a los tiempos en que se no se había efectuado la afiliación, esto es, entre el 16 de febrero y el 30 de abril de 1972, y el tiempo en que evidentemente se presentaron las novedades de retiro por parte del

empleador y sobre los que no se evidencia cotización, es decir, del 02 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, no se puede imputar negligencia en el cobro de las mismas por parte del ente asegurador, sin embargo, ello no quiere decir que no puedan ser tenidos en cuenta para los efectos pensionales perseguidos.

En efecto, como bien lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL3070-2020 del 19 de agosto de 2020, donde reiteró que frente a «*la no afiliación o no cotización por parte del empleador,* [se ha] *señala[]do de manera inequívoca que en ningún caso el trabajador debe sufrir las consecuencias de tal proceder, pues el sistema de seguridad social debe actuar como elemento protector de él y, por tanto, no es destinatario de la negligencia, olvido o desidia de quien tenía la obligación de cumplir a cabalidad con lo dispuesto por la normativa aplicable y a quien se le debe exigir el remedio establecido, esto es, en el presente caso, el pago del cálculo actuarial respectivo, como en efecto ocurrió, por ser inequívoco que la relación jurídica de afiliación en las relaciones subordinadas de trabajo son de cargo del empleador y de la administradora de riesgos, no del trabajador subordinado, pues éste es su beneficiario»*. En dicha providencia se trajo a colación lo señalado en la sentencia CSJ SL5312-2019, en la que se destacó:

> *«La equivocación del Tribunal en este punto, además de palmaria y manifiesta, es sumamente trascendente y relevante, pues si se hubieran tenido en cuenta los periodos reconocidos por la sociedad CASTRO TCHERASSI S.A., como laborados y no cotizados, sumados a las semanas efectivamente cotizadas ante el Instituto de Seguros Sociales, el trabajador hubiera alcanzado más de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que cumplió la edad de 60 años.*
>
> *Así las cosas, se repite, el Tribunal incurrió en un error de hecho manifiesto al concluir que no había prueba de que el actor hubiera laborado al servicio de la sociedad CASTRO TCHERASSI S.A. durante algunos periodos, respecto de los cuales no se había surtido la afiliación y cotización en el sistema de pensiones, ante el Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *Por otra parte, en segundo lugar, el mencionado error de hecho conlleva una equivocación del Tribunal de tipo jurídico, pues, como lo alega el censor, esa omisión en la afiliación y cotización del empleador no podía ser premiada, ni trasladados sus efectos negativos al trabajador, de manera que el juez estaba en la obligación de determinar los efectos jurídicos de esa omisión respecto del empleador y el Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *Ello a pesar de que, en este caso, no se cumplieran las condiciones para disponer el pago de una pensión de jubilación a cargo del empleador, ni de una pensión sanción, puesto que, como lo ha señalado esta Sala de la Corte, en vigencia de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, aplicadas al tiempo de la configuración del derecho pensional,* ***este tipo de situaciones debe dar lugar a que la entidad de seguridad social reconozca el tiempo de servicios laborado, como periodo cotizado, con el consecuente pago de los aportes por parte del empleador, a través de cálculo actuarial****.*
>
> *En la sentencia CSJ SL14388-2015 la Sala clarificó su orientación frente al referido tema, en los siguientes términos:*

Por virtud de lo anterior, se repite, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, ***pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social****.*

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003. Asimismo, se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.

Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.

De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Ahora bien, para la Sala resulta pertinente aclarar que la solución a las problemáticas de omisión en la afiliación que se ha descrito, es predicable respecto de pensiones causadas tanto en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

Ello es así porque, en primer lugar, como ya se dijo, ***la integración y cubrimiento de los riesgos pensionales, por entidades del sistema de seguridad social, con el respectivo cobro de cálculos actuariales a los empleadores, tiene cobijo en los principios de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, que se encuentran vigentes desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 y que, además, tienen un importante correlato en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991.***

Adicionalmente, como se sostuvo desde las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014, cuando el empleador no afilia a sus trabajadores, independientemente de la razón que tenga, no se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión. Y si ello es así, los tiempos en que no hubo afiliación pueden encontrar abrigo en lo dispuesto en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que legitimaba el cómputo de esos tiempos de «…trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión…»

Así lo reconoció la Sala en decisiones como la CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 40250, reiterada en la CSJ SL5790-2014, en las que precisó que «…las empresas privadas podían expedir bonos pensionales, y que cuando la Ley 100 de 1993 en el artículo 33 hacía referencia a empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, comprendía aquellos que tuvieran un deber pensional, entre otras razones, por no haber afiliado o no cumplir oportuna y suficientemente con el deber de cotizar…»

Lo anterior para significar que no es solo el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, introducido por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el que permite la suma de tiempos en los que hubo omisión en la afiliación, pues esa posibilidad estaba legitimada por el legislador y por la jurisprudencia, desde mucho antes.

Así las cosas, la Corte reitera que respecto de prestaciones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto en su redacción original, como con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

En este caso, como ya se dijo, ***estaba demostrado suficientemente el hecho de que existieron periodos laborados por el trabajador, respecto de los cuales no hubo afiliación ni cotización por el empleador, de manera que el Tribunal no podía trasladar los efectos negativos de esa omisión al respectivo servidor, sino que debía garantizar el reconocimiento del tiempo servido, por la respectiva entidad de seguridad social, y la integración del capital necesario para financiar la pensión, por el empleador, a través de cálculo actuarial****».* (Subrayas de la Sala)

Así las cosas, al no haberse presentado en los tiempos ya mencionados oportunamente la afiliación por parte de un empleador, ello apareja la obligatoriedad de que este último pague con destino a la entidad administradora a la que se encuentra afiliado el trabajador o aquella que escoja, el respectivo título pensional o cálculo actuarial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, dicho cálculo actuarial debe ser liquidado en la forma reglamentada por el Decreto 1887 de 1994. En ese orden, debe recordársele al recurrente quien solicita no se de aplicación a esta solución, sino que se le dé a todo el tiempo laborado la teoría de la mora patronal, que ha sido cuidadoso el Alto Tribunal, en precisar que esta situación ***dista del tratamiento que se da frente al caso de la «mora»*** en el pago de aportes, pues su único efecto común es que efectivamente con arreglo a previsto en los literales c) y d) del parágrafo 1) del artículo 33 de la 100 de 1993, en todo caso se debe endilgar a la entidad

administradora el reconocimiento y pago de la pensión, aun tratándose de prestaciones derivadas de la aplicación del régimen de transición, pues con excepción de lo dispuesto por el tiempo, edad y monto que se gobierna por el régimen anterior, en todo lo demás la causación, el reconocimiento y demás condiciones y requisitos del derecho se rigen por la Ley 100 de 1993, esto, incluida la posibilidad de «*recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador*» (CSJ SL051-2018).

Ahora bien, en la sentencia CSJ SL4388-2015, se ha precisado que insoslayablemente el reconocimiento pensional, deviene por efecto del pago del cálculo actuarial, o en sede judicial, de la declaratoria que haga el Juez Laboral del contrato de trabajo y consecuente orden impartida al empleador omiso del pago del título pensional, pues sólo así surge diáfana la obligación del empleador del traslado del cálculo actuarial, es decir, que en este escenario judicial no puede el Juez mantener en cabeza de la entidad la obligación de reconocer la prestación con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos se condicione a la orden al empleador de asumir los efectos económicos y actuariales del tiempo servido a través del título pensional, dicho de otra manera, razonó la citada Colegiatura, en el pronunciamiento en cita que: «*la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado,* ***pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial*** *a la respectiva entidad de seguridad social,* ***que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes****»,* y en esa misma dirección, acentúa la necesidad de que se haga la declaratoria del contrato y se imparta una orden expresa al empleador al indicar que «*en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que* ***la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional»***.

Así es, además, porque los aportes al sistema de seguridad social integral no tiene como finalidad enriquecer el patrimonio de sus afiliados sino el de cubrir las contingencias de vejez, muerte o invalidez, y en esa medida, la responsabilidad del empleador omisivo por la no afiliación o afiliación tardía se ciñe eventualmente a cubrir la contingencia que el sistema habría amparado de haberse efectuado la afiliación, o como lo adoctrinado la Alta Corporación para las prestaciones derivadas

del riesgo de vejez, el traslado del respectivo cálculo actuarial a fin de que ese tiempo se tenga como cotizado y se proceda al reconocimiento de las prestaciones económicas que de ello se deriven.

De lo anterior surge diáfano que, el empleador MUEBLES BEDOYA LTDA. debe pagar el cálculo actuarial por los períodos de no afiliación y pago en los términos indicados por el juez a quo (*por el interregno del 16 de febrero de 1972 al 30 de abril de 1972 y del 02 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, teniendo en cuenta cómo salario para el año 1972 la suma de $1.290, y para el año 1986 $39.310*), para ello debe advertirse que será COLPENSIONES quien deba realizarlo, pues en últimas, ella será la entidad encargada de recibir y asignarle los efectos legales que correspondan, por lo tanto, su trámite y aprobación resulta necesario para computar dichos periodos.

Por lo tanto, se confirmará la decisión de primer grado frente a esta determinación, pero lo adicionará en el sentido que el cálculo actuarial se debe realizar, conforme a los salarios mencionados, teniendo en cuenta la categoría máxima asegurable del ISS en los términos del Decreto 1887 de 1994.

Determinado lo anterior, al no existir disquisición alguna en torno a la existencia de una relación laboral entre SIXTA TULIA PIEDRA DE MONROY y la sociedad MUEBLES BEDOYA LTDA, en el interregno comprendido entre el 16 de febrero de 1972 al 30 de septiembre de 1990, sin que se presentara afiliación entre el 16 de febrero y el 30 de abril de 1972 y del 02 de enero de 1986 al 23 de enero de 1986, los cuales deben ser asumidos por MUEBLES BEDOYA LTDA, conforme se explicó en precedencia y que en semanas equivalen a 13,85.

De conformidad con lo anterior, se procede al estudio del reconocimiento pensional invocado, para lo cual debe advertirse que se acreditó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición toda vez que a la vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, tenía 44 años de edad, pues nació el 02 de diciembre de 1949, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento obrante a folio 32 y CD folio 105, circunstancia que la hace beneficiaria del régimen de transición en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se tiene que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 determina que los requisitos para acceder a la pensión de vejez consisten, para el caso de las mujeres haber cumplido 55 años de edad y haber cotizado 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Frente a ello, debe señalarse que al incluirse los ciclos de cotización tenidos

como mora patronal del 01/06/1986 al 30/09/1990 estos comprenden un total de 226,14 semanas, más los ciclos no cotizados del 16/02/1972 al 30/04/1972 y del 2/01/1986 al 23/01/1986 que comprenden 13,85 semanas, que sumadas a las 766,57 que aparecen reflejadas en la historia laboral de la demandante al 07 de septiembre de 1992, arroja un total 1006,57 semanas, es decir, que se cumple con el segundo supuesto que contempla el artículo 12 del citado acuerdo, razón por la cual, se hace merecedora de la pensión de vejez invocada, la cual en todo caso, fue configurada con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Así pues, como el juez de primer grado llegó a disímiles conclusiones será revocada la decisión en este puntual aspecto.

Frente a la fecha de disfrute de la prestación, se encuentra acreditado en el plenario que desde el 07 de septiembre de 1.992 la actora dejo de cotizar, efectuándose el retiro con su último empleador (fl. 36) siendo exigible la prestación desde esta calenda; y frente al valor de la mesada pensional, observa la Sala que las cotizaciones efectuadas no sobrepasan el Salario Mínimo Legal Mensual, por lo que sobre ese valor habrá de fijarse la primera mesada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 100 de 1993. Advirtiéndose que la demandante tendrá derecho a percibir 14 mesadas al año al haberse configurado la prestación con anterioridad al referido Acto Legislativo que las restringió a 13 a partir de su vigencia.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES esta resulta próspera parcialmente, ya que conforme se advierte del expediente administrativo la actora solicitó la prestación por vejez el 23 de julio de 2013, lo cual se corrobora con los actos administrativos que negaron la prestación, esto es, las Resoluciones GNR 189891 del 23 de julio de 2013, GNR 122856 del 09 de abril de 2014 y VPB 13941 del 17 de febrero de 2015, la cual fue notificada el 19 de marzo de 2015 (fls. 20 a 31 y CD fl. 105); ahora bien, de forma posterior la demandante presentó una nueva reclamación el 22 de mayo de 2017, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución SUB 111756 del 29 de junio de 201 (fls. 18 a 19 y CD fl. 105), notificada a la actora el 10 de octubre de 2017, por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, debe decirse que al tratarse de una prestación periódica, respecto a la primera reclamación la actora contaba con tres años para presentar la acción judicial, una vez agotó los recursos administrativos el 19 de marzo de 2015, empero esta sólo vino a presentarse el 29 de octubre de 2018 (fl. 64), esto es más allá del trienio prescriptivo. Con todo, sí surte efectos la reclamación que se efectuó el 22 de mayo de 2017, que se agotó con la decisión que le fuera notificada el 10 de octubre de 2017 y como ya se explicó para este segundo reclamo, la demanda se presentó dentro de los tres años, de modo que resultaron afectadas con el

fenómeno de la prescripción las mesadas causadas con anterioridad al 22 de mayo de 2014.

Establecido lo anterior, el retroactivo pensional se calcula desde el 22 de mayo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2020, arrojando una suma de $66.039.150:

RETROACTIVO 14 MESADAS				
DESDE	**HASTA**	**No. MESADAS**	**VALOR MESADA**	**TOTAL**
22/05/2014	31/12/2014	9,30	$ 616.000	$5.728.800
1/01/2016	31/12/2015	14,00	$ 644.350	$9.020.900
1/01/2016	31/12/2016	14,00	$ 689.455	$9.652.370
1/01/2017	31/12/2017	14,00	$ 737.717	$10.328.038
1/01/2018	31/12/2018	14,00	$ 781.242	$10.937.388
1/01/2019	31/12/2019	14,00	$ 828.116	$11.593.624
1/01/2020	30/09/2020	10,00	$ 877.803	$8.778.030
			TOTAL	**$66.039.150**

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó sobre excepciones a los mismos, precisando que se *«ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y**, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación**, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)»*, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, donde la entidad demandada basada en una razón objetiva, apegada a la Constitución y la ley, negó el derecho pensional inicialmente al no haberse demostrado la densidad de semanas, aspecto que sólo viene a definirse en sede judicial, entre otros motivos por no haberse efectuado la afiliación del empleador a la demandante en su momento, situaciones de carácter objetivo que permiten exonerar a la entidad accionada de la imposición de los intereses moratorios objeto de estudio, tal como lo ha permitido la H. Sala Laboral de la H. CSJ, razón por la que se exonerará a Colpensiones de esta súplica, pero en todo caso, se condenará en subsidio, a la indexación del retroactivo, con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano.

Finalmente, se autorizará a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del

Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

Por lo expuesto, se revocará parcialmente la sentencia proferida en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron; las de primera instancia, dadas las resultas del proceso correrán a cargo de parte accionada.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia objeto de estudio, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre **MUEBLES BEDOYA LTDA** y la señora **SIXTA TULIA PIEDRA DE MONROY** entre el 16 de febrero de 1972 y el 30 de septiembre de 1990.

SEGUNDO: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de indicar que COLPENSIONES debe elaborar el cálculo actuarial en los términos allí indicados.

TERCERO: REVOCAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES,** a reconocer y pagar a la señora **SIXTA TULIA PIEDRA DE MONROY**, la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 02 de diciembre de 2004, en cuantía inicial del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, respecto de las mesadas causadas entre el 02 de diciembre de 2004 y el 21 de mayo de 2014. En consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de la demandante **SIXTA TULIA PIEDRA DE MONROY** el retroactivo pensional por la suma de $66.039.150, el cual correspondió al valor total de las mesadas causadas a partir del 22 de mayo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2020, conforme a lo considerado, sin perjuicio de las

que en lo sucesivo se sigan causando por catorce (14) mesadas anuales. Sumas que deberán indexarse al momento de su pago.

CUARTO: AUTORIZAR a la entidad accionada para que efectúe los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional, conforme fue definido en la presente decisión.

QUINTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte accionada, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JONATHAN DAVID PARRA PUERTA Y OTROS contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y OTROS. Rad. 11001 31 05 005 2016 00552 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

Los ciudadanos **JONATHAN DAVID PARRA PUERTA, JESÚS DAVID GUZMÁN FONNEGRA Y JOHJAN ORLANDO PATIÑO DÍAZ** instauraron demanda ordinaria en contra de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como pretensiones principales, solicitan se declare que existió una relación laboral entre los demandantes con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. cuyos extremos laborales fueron desde 01/09/2015 hasta el 30/09/2015, desde 27/01/2015 hasta el 30/09/2015, desde el 1/12/2014 hasta 30/09/2015 respectivamente; se declare que OPTIMIZAR SERVICIOS S.A. no cumplió con el pago desde el inicio de sus contratos hasta su terminación de los valores correspondientes a cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios desde el 1 de julio de 2015 hasta la terminación de los contratos, vacaciones, que actuó de mala fe por lo que es deudora de la sanción del artículo 65 del CST. Que se declare que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO contrató a la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a través de contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y 147 de 2015, que el Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de beneficiario del trabajo en misión, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de las obligaciones prestacionales, de vacaciones e indemnizaciones moratorias; como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas a cancelar los valores correspondientes a cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnizaciones

moratorias, indexación de los conceptos de las condenas que no sean susceptibles de indemnización moratoria, costas y agencias en derecho, ultra y extra petita.

Como pretensiones subsidiarias, solicitaron que se declare que el verdadero empleador de los demandantes fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO teniendo en cuenta que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. fungió como simple intermediario, que en su calidad de empleador no cumplió con el pago desde el inicio de los contratos hasta la terminación de los mismos de los valores correspondientes a cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, siendo deudor de la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T. Así mismo, peticionan se declare que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, en su calidad de simple intermediario, es responsable de la totalidad de las prestaciones, vacaciones e indemnización moratoria; como consecuencia, se condene a las demandadas a cancelar los valores correspondientes a cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indexación de los conceptos de condena que no sean susceptibles de indemnización moratoria, costas y agencias en derecho, ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestaron que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES suscribieron los contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y No. 147 de 2015, que el objeto de las prestación de servicios 275 de 2014 fue "*contratar la prestación del servicio de una Empresa de Servicios Temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro*", que en cumplimiento de dichos contratos OPTIMIZAR SERVICIOS S.A. contrató a los demandantes bajo la modalidad de obra o labor contratada cuyos extremos de las relaciones laborales fueron 01/09/2015 hasta el 30/09/2015, desde 27/01/2015 hasta el 30/09/2015, desde el 1/12/2014 hasta 30/09/2015 respectivamente; señalan que mediante comunicación escrita les fueron terminados sus contratos de trabajo, así mismo, indican que los cargos que desempeñaron fueron de profesional IV, comercial IV, comercial II, cuyos salarios devengados fueron de $3.200.000, $1.300.000, $2.100.000 respectivamente; De igual manera afirman que las funciones desempeñadas por los mismos corresponden al giro normal de los negociones del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, cuyos servicios prestados no eran de carácter temporal y los cargos desempeñados aún existen dentro de la planta de personal del fondo.

Exponen que cumplieron unas jornadas diarias de 8 horas, de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. en las instalaciones del Fondo Nacional del Ahorro, sede principal de Medellín y Cali, señalan que no le fueran cancelados por todo el tiempo laborado las cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios y vacaciones. Indican que Optimizar Servicios Temporales S.A. se sometió a proceso de reorganización empresarial ante la superintendencia de sociedades, bajo el Rad. No. 66156, que dentro de dicho proceso reconoció como pasivos, las liquidaciones correspondientes de los demandantes, que la entidad no ha ofrecido formula alguna de pago, ni ha hecho consignación alguna por concepto de sus derechos laborales, así mismo, señalan que pese a que el Fondo Nacional del Ahorro era conocedor de la ausencia de pago de optimizar S.A. no les ha ofrecido formula alguna de arreglo. Finalmente arguyen que en el informe de la interventoría de los contratos 147 de 2015 y 275 del 2014, se

concluye que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encuentra en inminente riesgo de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, donde en dicho informe la interventora recomienda al Fondo Nacional del Ahorro declarar el incumplimiento contractual (fls.5 a 49).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que existió una relación laboral con los demandantes, señala que estas vinculaciones estaban reguladas por contratos de obra o labor determinada para el personal en misión, en el que se estableció que la duración del mismo es el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la empresa usuaria, señalando que las relaciones laborales de los demandantes terminaron el 30 de septiembre de 2015 por finalización de la obra o labor contratada.

Así mismo, señala que al señor JONATHAN DAVID PARRA PUERTA le adeuda por el periodo comprendió del 01 de septiembre de 2015 al 30 de septiembre del 2015 por concepto de cesantías el valor de $266.677, por concepto de intereses de las cesantías el valor de $2.677, prima de servicios el valor de $266.667, vacaciones el valor de $133.333; por su parte al demandante JESÚS DAVID GUZMÁN FONNEGRA indica que le adeuda por el periodo comprendido del 27 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2015, por concepto de cesantías el valor de $1.360.349, por concepto de intereses de las cesantías el valor de $110.642, prima de servicios el valor de $611.536 desde el 01 de julio al 30 de septiembre del 2015, vacaciones el valor de $680.175. Respecto del demandante JOHJAN ORLANDO PATIÑO arguye que le adeuda por el periodo comprendió del 01 de enero de 2015 al 30 de septiembre del 2015 por concepto de cesantías el valor de $1.573.055, intereses de las cesantías por el valor de $141.575, prima de servicios por el valor de $525.000 desde el 01 de julio al 30 de septiembre del 2015, vacaciones por el valor de $874.028. Señalando que el pago de las mismas no se ha efectuado por encontrase sujetas a las reglas del concurso, y que las mismas serán canceladas dentro del proceso de liquidación judicial presentado el 9 de junio de 2017 ante el juez, en la debida etapa procesal.

En cuanto a la indemnización por no pago de prestaciones sociales se opone por no probarse la mala fe del empleador, indicando que las prestaciones sociales no se han pagado, no por culpa del empleador, sino por la existencia de un proceso concursal, reglado, preferencial y preferente, exponiendo que existe la imposibilidad jurídica y material de realizar los pagos a los acreedores, por fuera del proceso concursal al que se encuentra sometido primero bajo el proceso de reorganización, donde quedaron sometidos los créditos laborales de los demandantes generados con anterioridad al 15 de febrero del 2016 y posteriormente los créditos con anterioridad al 17 de noviembre de 2017, fecha de apertura del proceso liquidatario concursal.

Finalmente afirma que, las sumas que no llegaran a ser pagadas a los demandantes, por cualquier circunstancia por la compañía de seguros, por activación de la póliza de salarios y prestaciones sociales que le fue otorgada y depositada en el Ministerio de Trabajo, solicita que el FNA compañía usuaria del personal en misión, responda solidariamente para el pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones de

los trabajadores que recibieron en misión. Propuso como excepciones «existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales objeto de la demanda»; «existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda»; y «genérica» (fls.132 a 145).

Por su parte, la demandada **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** contestó la demanda solicitando llamar en garantía a la empresa LIBERTY SEGUROS S.A y a la compañía ASEGURADORA DE FINANZAS – CONFIANZA S.A, para que si es del caso respondan por las consecuencias patrimoniales que resulten, así mismo, manifestó su oposición frente a todas las pretensiones solicitando la absolución de las mismas en su contra, argumentando que no le corresponde responder toda vez que no tiene relación con la entidad, señalando que no existe mala fe de la empresa Optimizar S.A., puesto que desde la fecha en que entró en proceso de reorganización empresarial con base a la Ley 1116 del 2006, presuntamente y atendiendo al procedimiento legal reconoció los dineros debidos a cada uno de sus empleados. De igual manera indica que suscribió los contratos comerciales No. 275 y 147 con la empresa Optimizar S.A. porque requería de la prestación del servicio de personas que estuvieran por un tiempo en específico, exponiendo que no le asiste solidaridad por cumplir a cabalidad con las obligaciones contractuales demostrando con ello su buena fe.

Expone que no fue empleadora de los demandantes, señalando que la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR S.A actuó como contratista independiente, contratando los servicios de los demandantes como único empleador, asumiendo todos los riesgos de la contratación y actuando con libertad, autonomía técnica y directiva sin subordinación, dependencia o relación laboral con la entidad haciéndolo único responsable de las reclamaciones incoadas en la demanda. Propuso como excepciones «inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes»; «buena fe»; «compensación»; «improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones» «abuso del derecho»; «litisconsorcio necesario» y «genérica» (fls.159 a 201).

La empresa llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones solicitando su absolución respecto de las mismas, en la medida que pudieran afectar a la entidad argumentando *que "(i) la existencia de solidaridad entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales ha sido rechazada enfáticamente por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (ii) la empresa no es responsable del pago de los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones e indexaciones o intereses legales, que pudiera adeudar el FNA como empleador directo a las partes demandadas"*, señala que para febrero del 2016 la entidad demandada Optimizar S.A. estaba en proceso de reorganización y posteriormente en proceso de liquidación judicial, razón por la cual tenía prohibido efectuar pagos de acreencias laborales de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1116, señalando que no es posible la sanción del artículo 65 del CST. Propuso como excepciones «falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del Fondo Nacional del Ahorro»; «ausencia de solidaridad entre los demandados»; «inexistencia de la obligación»; «extinción de las obligaciones - pago»; «prescripción»; «buena fe»; y «genérica» (fls.225 a 254).

Por último, la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS CONFIANZA S.A** pronunciándose frente al llamamiento en garantía manifestó que no le consta si la constitución de las pólizas No. 516839, 2436541 y la 2533998 podrán garantizar los contratos suscritos entre el Fondo Nacional del Ahorro y la Sociedad Optimizar Servicios S.A., toda vez que no expidió dichas pólizas, señalando que estas fueron expedidas por Liberty Seguros S.A para garantizar los contratos No. 275 de 2014 y 147 de 2015, por lo que se atiene a lo que resulte probado del proceso. En cuanto a las pretensiones de la demanda se oponen a todas argumentando que el 7 de diciembre de 2011 la entidad expidió la póliza de cumplimiento 24DL006347, cuya vigencia finalizó el 1 de enero de 2015, y que junto a la póliza se entregó el clausulado de las condiciones generales, el cual fue depositado a la Superintendencia Financiera de Colombia y entregados al tomador. Propuso como excepciones «falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía a Confianza S.A»; «ausencia de requisitos para que se puede hacer efectiva la póliza 24DL006347»; «ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas – ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza»; «pago» (fls.293 a 310).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 26 de febrero de 2020, condenó a Optimizar Servicios Temporales S.A. a pagar las sumas de dinero por concepto de indemnización moratoria a favor de JONATHAN DAVID PARRA PUERTA en $16.000.000, a favor de JESÚS DAVID GUZMÁN FONNEGRA en $6.500.000, y a favor de JOHJAN ORLANDO PATIÑO DÍAZ en $10.500.000, señalando que las mismas deberán de ser indexadas teniendo en cuenta el IPC inicial, el del mes de marzo de 2016 y como IPC final, el del mes anterior al que se efectué el pago. A su turno, absolvió al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, LIBERTY SEGUROS S.A y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A – CONFIANZA S.A. de todas y cada una de las pretensiones, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de la solidaridad e imposibilidad de asumir pagos que excedan la suma asegurada. Condenó a costas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. por la suma de $2.000.000.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que dentro del proceso no se discute la existencia de la relación laboral mediante la modalidad de contratos de obra o labor entre los demandantes y Optimizar Servicios Temporales S.A. como su verdadero empleador, de igual forma se acreditó los extremos de la relación laboral, el salario devengado; De igual forma, indicó el A quo que no se discute que dada la vinculación civil entre el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar S.A., y el constante incumplimiento de esta última para con los trabajadores, se hizo efectivo el siniestro con la resolución emitida por el Ministerio del Trabajo en la cual Confianza reconoció los derechos laborales de los trabajadores de la empresa de los servicios temporales.

Aunado a lo anterior, indicó el juzgador de primer grado que teniendo en cuenta que se desistió de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los actores, se analizaría la solidaridad que se aduce en el libelo introductorio, para lo cual consideró que la empresa de servicios temporales como empleadora de los demandantes tiene a su cargo y es su facultad legal contratar

trabajadores y enviarlos en misión a diferentes empresas usuarias para que desarrollen las labores propias de la empresa usuaria dentro del marco establecido por la ley.

Así mismo, señaló que en el presente caso se aduce por parte de los actores una vulneración y un fraude a la legislación propia de las empresas de servicios temporales, razón por la cual era obligación de los demandantes demostrar esa actuación indebida por parte de la empresa de servicios temporales en conjunto con el Fondo Nacional del Ahorro y no aducir la aplicación de la carga dinámica de la prueba, debido a que debió convocar a todas las empresas de servicios temporales para determinar el denominado carrusel, para establecer si los demandantes habían estado en anteriores empresas de servicios temporales, si había solución de continuidad en la prestación del servicio, para poder llegar a concluir que la figura de las empresas de servicios temporales había sido utilizada de forma irregular por el FNA; Aunado al hecho de que en diligencia del 1 de octubre del 2018 se declaró confeso a los demandantes por no asistir a la audiencia del artículo 77, confesión que no fue desvirtuada con los demás medios de prueba aportados al juicio. Por lo anterior, el A quo consideró que al proceso no se aportó prueba alguna que permita concluir la existencia de solidaridad, ni prueba que el FNA fuera y fungiera como verdadero empleador, que usara fraudulentamente la figura de las empresas de servicios temporales para evadir los derechos laborales de quienes prestan sus servicios como trabajadores en misión.

En este orden de ideas, manifiesta que se absuelve al FNA y a su turno a Liberty Seguros S.A. debido a que las pólizas allegadas garantizaban al FNA, y dado que se declaró que el verdadero empleador fue Optimizar S.A., por sustracción de materia es procedente la absolución de Liberty Seguros S.A. En cuanto a Confianza S.A. señala que al proceso fue allegada a folio 553 certificación donde se indica que la póliza de cumplimiento 24DL006347 expedida entre el 2015 al 2016 cuyo tomador fue la empresa de Optimizar Servicios Temporales se encuentra agotada, y al no ser tachado este documento, se entiende que los recursos ya fueron agotados, por lo que surge la aplicación de la cláusula 6 de la póliza (fol.320) en donde se señala que la responsabilidad de la aseguradora no excederá en ningún caso la suma asegurada en la póliza y sus anexos, por lo anterior absolvió a la aseguradora Confianza S.A.

Finalmente, frente a la indemnización moratoria arguye que en aquellos casos en que una sociedad ingresa a diferentes eventos en los cuales no le es posible ejercer su objeto social y tiene que acudir a la Superintendencia de Sociedades para iniciar el respectivo proceso de reorganización empresarial y en su defecto la liquidación judicial, actos que dan cuenta de la buena fe (fl.68), en tal sentido se demostró que en virtud de la Ley 1116 de 2016 mediante auto 400 002370 del 15 de febrero de 2016, inscrito el 29 de febrero de 2016, la superintendencia de sociedades admitió el proceso de reorganización de la sociedad Optimizar Servicios Temporales, por lo que hasta el 29 de febrero de 2016 se generaría la indemnización moratoria por cuanto no hay argumento para establecer buena fe entre el 1 de octubre de 2015 y el 28 de febrero de 2016; Así mismo, a partir del 1 de marzo de 2016 se deberá indexar la indemnización liquidada de cada uno de los demandantes teniendo en cuenta el IPC inicial, el de mes de marzo de 2016, y como IPC final, el del mes anterior al que se efectué el pago.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la decisión, considerando que se debió de vincular a las demás empresas de servicios temporales para que ejercieran su defensa en la medida que queda sobre la mesa un carrusel de la contratación, y en consecuencia, el uso indebido de las empresas de servicios temporales por el FNA, lo cual quedó demostrado con los testimonios que se rindieron. Así mismo, indicó que la figura de empresas de servicios temporales fue mal utilizada, dado que la función desempeñada por los actores necesariamente la requiere la institución para desarrollar el objeto social.

Por otro lado, frente a la indemnización moratoria solicita que con base en el artículo 34 de la Ley 1429 del 2010 y el artículo 17 de la Ley 1116 del 2006, se concluya no solo hasta ese término sino hasta el máximo extremo temporal en la medida en que hubo un mal manejo interno por parte de la empresa de servicios temporales, dejaron a los trabajadores expuestos a las consecuencias que aquí se están pretendiendo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Fondo Nacional del Ahorro solicita se confirme la decisión del A quo en cuanto a su absolución; a su turno, la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial, solicita se revoquen las condenas impuestas por el juez de primera instancia teniendo en cuenta las razones que le impidieron cumplir con el pago oportuno de las obligaciones laborales o, por el contrario, se confirme la decisión. Por último, la parte actora y única recurrente, se ratifica en las pretensiones, hechos y los argumentos expuestos en el texto de la demanda y lo expuesto en la sustentación en el recurso de apelación tendientes a que se modifique la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario factico y probatorio, pero en particular el jurídico-procesal, en virtud de las materias objeto del recurso de apelación, corresponde a esta Corporación, dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

1) Determinar si en el presente caso es procedente vincular a las demás empresas de servicios temporales en las que laboraron los demandantes y a favor del FNA, a fin de establecer la existencia de una relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro.

2) De igual manera, establecer si la indemnización moratoria objeto de condena debe extenderse hasta el máximo extremo temporal y no hasta el 29 de febrero de 2016, así como la aplicación de la moratoria en los casos de insolvencia del empleador.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver los problemas jurídicos y en atención a lo dispuesto por los artículos 66 y 66A del CPTSS, la Sala de Decisión considera que solo se tendrá en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte actora y los argumentos presentados en la diligencia del veintiséis (26) de febrero de 2020, dado que los alegatos de segunda instancia no pueden entenderse como una adición a la misma conforme lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020.
Aclarado lo anterior, a fin de resolver los problemas jurídicos establecidos en esta Litis y por cuestión metodológica, la Sala de Decisión procede al estudio del recurso de alzada de la parte actora, y así se debe indicar que desde el momento de la presentación de la demanda la parte demandante estableció como objetivo y pretensión principal de su causa petendi la declaratoria de una relación laboral entre los demandantes JONATHAN DAVID PARRA PUERTA, JESÚS DAVID GUZMÁN FONNEGRA Y JOHJAN ORLANDO PATIÑO DÍAZ y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., cuyos extremos laborales fueron desde 01 de septiembre de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, desde 27 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, y desde el 1 de diciembre de 2014 hasta 30 de septiembre de 2015 respectivamente, situación que no fue modificada con la reforma de la demanda o en la fijación del litigio, lo que permite inferir que los actores buscaban, principalmente, la declaración del contrato con esa EST, y solo en el evento de no salir avante esta petitoria pretendían que se proceda al estudio de las pretensiones subsidiarias, es decir, el reconocimiento de los contratos de trabajo realidad con el Fondo Nacional del Ahorro, dado su calidad residual (fls.5 a 27).

De igual manera, se debe recordar a las partes que cuando se acude a la figura procesal de la acumulación de pretensiones, en “principales y subsidiarias”, es claro que la voluntad del demandante que así se proceda con relación al pronunciamiento judicial, es el orden fijado por este, sin que le esté permitido al Juez alterarlo para escoger cuál de los pedimentos decide primero, y debido a que el A quo declaró la existencia del contrato de trabajo con Optimizar Servicios Temporales S.A., que era la pretensión principal invocada, no es viable estudiar las pretensiones elevadas en contra del Fondo Nacional del Ahorro como empleadora de los demandantes toda vez que las mismas no fueron objeto de estudio y menos aún de decisión en la sentencia recurrida y por ende, no tiene competencia funcional esta colegiatura para pronunciarse sobre ellas.

Así mismo, considera esta Corporación que el trámite de este proceso y la sentencia de primera instancia se estructuraron conforme a la formulación de las pretensiones principales y subsidiarias realizadas por la parte actora, por ello, las demandadas y las llamadas en garantía fundaran su contestación y defensa bajo este escenario, de igual manera procedió el juzgador de instancia y los demás sujetos procesales en la fijación del litigio y en el debate probatorio, circunstancias que desembocaron en la declaratoria de un contrato de trabajo entre los demandantes y Optimizar Servicios Temporales S.A., hecho que conlleva a este Tribunal a tener que relevarse del estudio de las petitorias subsidiarias, al ser estas excluyentes con las principales, y por ello no se podría entrar a estudiar las pretensiones subsidiarias en esta instancia tal y como lo pretende el recurrente en su recurso de alzada, pues ello sería violatorio del derecho de defensa y contradicción; máxime si como ya se indicó estas no fueron estudiadas y menos decididas en la sentencia emitida por el A quo.

Por último, se debe indicar que no es dable en esta instancia judicial convocar a juicio a otras empresas de servicios temporales diferentes a la aquí condenada, dado que en las diferentes etapas procesales la parte recurrente en ningún momento solicitó la inclusión de las mismas a la litis, situación que conllevó a que la demanda se admitiera solo contra la EST Optimizar Servicios Temporales S.A. (fl.119), de igual forma, en atención a la contestación de la EST vinculada, a la fijación del litigio y la providencia objeto de estudio se estableció que en la época en que se peticionaron y se declaró la existencia de los sendos contratos de trabajo solo intervino la sociedad demandada, por ello no es dable la vinculación de otras empresas al proceso.

Ahora bien, a fin de resolver sobre la condena por concepto de indemnización moratoria, la Corporación solo se centrará en determinar hasta cuándo se debe efectuar esta, ello en atención a que la parte afectada no presentó objeción alguna sobre su procedencia o sobre el salario establecido por el A quo para su liquidación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Corporación que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como así lo prevén los artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, los cuales consagran lo siguiente:

> *"Artículo 17. Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso".*
>
> *Artículo 34. Agréguense dos parágrafos al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, los cuales quedarán así:*
>
> *Parágrafo 3o. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores".*

Parágrafo 4o. En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor.

Ahora bien, a la luz de las normas citadas, considera la Sala de Decisión que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST deberá ser limitada hasta el 16 de noviembre de 2016, dado que la entidad entró en liquidación judicial al día siguiente (fl.127), tal y como lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2833 del 1 de marzo de 2017 Radicación No 53793, en la cual consideró que "*En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala fe, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto*", por ello se modificará la sentencia de primera instancia.

Realizadas las respectivas operaciones aritméticas, se condenará a la demandada Optimizar servicios temporales S.A. en liquidación judicial a reconocer y pagar de manera definitiva a Jonathan David Parra Puerta la suma de $43.413.333,33, a Jesús David Guzmán Fonnegra la suma de $17.636.666,67, y a Johjan Orlando Patiño Díaz la suma de $28.490.000.00, por concepto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, valor que corresponde a 407 días causados desde el 30 de septiembre de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2016, conforme a la presente liquidación:

Demandante	Ultimo Salario	Salario diario	Total días de mora	Total indemnización
Jonathan David Parra Puerta	$3.200.000	$106.666,67	407	$43.413.333,33
Jesús David Guzmán Fonnegra	$1.300.000	$43.333,33	407	$17.636.666,67
Johjan Orlando Patiño Díaz	$2.100.000	$70.000,00	407	$28.490.000.00

Así las cosas, se modificara parcialmente el numeral primero de la sentencia objeto de estudio respecto del monto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en lo demás se confirmará la decisión del A quo. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente la sentencia proferida el veintiséis (26) de febrero de 2020, por el Juzgado quinto (5) Laboral el Circuito, para en su lugar

condenar a la demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** a reconocer y pagar de manera definitiva a **JONATHAN DAVID PARRA PUERTA** la suma de $43.413.333,33, a **JESÚS DAVID GUZMÁN FONNEGRA** la suma de $17.636.666,67, y a **JOHJAN ORLANDO PATIÑO DÍAZ** la suma de $28.490.000, por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida el veintiséis (26) de febrero de 2020, por el Juzgado quinto (5) Laboral el Circuito, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado DIEGO FERNANDO CIFUENTES GOMEZ contra la AFP PORVENIR S.A. Y OTROS Rad. 110013105-019-2014-00597-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las codemandadas y la litisconsorte necesaria, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas y el apoderado judicial de la litisconsorte necesaria contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **DIEGO FERNANDO CIFUENTES GOMEZ** pretende se declaré que fue compañero permanente de la causante ERIKA BELTRAN CIFUENTES, por tanto tiene el derecho a la sustitución pensional; se declare que es el representante legal del menor JUAN DIEGO CIFUENTES BELTRAN nacido el 06 de marzo de 2012; se declare que las demandadas PORVENIR S.A y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. son individual o conjuntamente solidarias en reconocer su sustitución pensional a partir de la fecha del fallecimiento de la causante 23 de octubre de 2012; como consecuencia de lo anterior, se les condene al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañero permanente de la causante ERIKA BELTRAN CIFUENTES en la proporción legal que le corresponda; se condene al reconocimiento y pago de la sustitución pensional de su menor hijo JUAN DIEGO CIFUENTES BELTRAN en la proporción legal que corresponda; la indexación de la primera mesada pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, convivió como pareja bajo el mismo techo, lecho y mesa, con la causante ERIKA BELTRAN CIFUENTES desde el 28 de febrero de 2007 hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 23 de octubre de 2012, conformando una unión marital de hecho y una sociedad patrimonial, brindándose mutua ayuda, compañía y solidaridad; mencionó que tanto él como sus menores hijos dependían económicamente de ella; que procrearon a su hijo JUAN DIEGO CIFUENTES BELTRAN nacido el 06 de marzo de 2012; explicó que la causante tuvo una hija llamada MARIA CAMILA FALLACCI BELTRAN nacida el 02 de abril de 2001, cuyo padre fue el señor WILSON GIOVANNI FALLACCI CHACON, quien falleció el día 16 de agosto de 2005 en Venezuela, estado de Zulia. Aseveró que su compañera permanente fue pensionada por PORVENIR S.A. en el año 2009 y canceladas sus mesadas pensionales a través de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., finalmente comentó que cumple con los requisitos del artículo 46 y ss. de la Ley 100 de 1993, y que solicitó ante PORVENIR el 8 de noviembre de 2013 sustitución pensional, el 16 de diciembre de 2013 le solicitaron actualizar alguna documentación, el 11 de febrero de 2014 solicitó certificación de negación de documentación, el 18 de febrero de 2014 solicitó sustitución pensional ante Seguros de Vida Alfa sin que a la fecha hayan sido resueltas sus solicitudes (Fls 3 a 10).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.,** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitando su absolución de las mismas, donde declaró que la entidad competente para pronunciarse frente al reconocimiento o rechazo de la pensión de sobrevivientes deprecada es la codemandada SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., lo anterior, por solo asumir la pensión de invalidez de la afiliada ERIKA BELTRAN CIFUENTES, bajo la modalidad de retiro programado hasta agosto de 2009, momento en el cual fue asumido su pago por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. en virtud de un contrato de renta vitalicia, resaltó que los contratos de renta vitalicia se suscriben entre afiliados y aseguradoras, teniendo en cuenta la información familiar del afiliado para determinar el valor de renta a contratar, sin que se manifestara por parte de la causante información sobre la convivencia con él demandante u otra persona, siendo girados los aportes de la afiliada, con la información allegada, a Seguros Alfa, quedando desligada su obligación de ahí en adelante respecto de la causante y beneficiarios; en cuanto al reconocimiento de los intereses moratorios, indexación y costas procesales, aclaró que los mismos no prosperan por no ser de recibo las pretensiones principales. Propuso como excepción previa de «falta de

integración del litisconsorte necesario». Propuso como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «falta de causa para pedir por parte de la demandante», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 69 a 78).

Por su parte, la demanda **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, para ello señaló que teniendo en cuenta la investigación del siniestro del día 30 de enero de 2013 la señora ERIKA BELTRAN CIFUENTES y el demandante solo tuvieron un vínculo familiar, por ser primos, de edades muy diferentes, por lo expuesto subrayó que no puede hablarse de un compañero permanente por no compartir techo, lecho y mesa, señaló lo dispuesto en la sentencia 26710 de 2006, aseverando que el vínculo familiar que los unió incidió en que tuvieran contacto eventual, pero no al grado de que este se tomara el propio de una pareja, en donde hubiese existido ayuda mutua. Por lo expuesto concluyó no cumple el demandante con los requisitos normativos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, así mismo informó que el día 24 de julio de 2014 el Juzgado Segunda de Familia de Descongestión de Bogotá, reconoció al demandante la custodia y cuidado del menor JUAN DIEGO CIFUENTES GOMEZ, donde se le reconoció y se le cancela las mesadas a las que tiene derecho el menor, con retroactividad al fallecimiento de la señora ERIKA BELTRAN. Finalmente manifestó que ha actuado de buena fe, de conformidad con la información recibida o suministrada por PORVENIR S.A. cumpliendo la obligación de cancelar las mesadas pensionales de los beneficiarios de la causante. Propuso como excepciones de mérito las de «buena fe y cobro de lo no debido», «inexistencia de la obligación y falta de causa», «genérica» (fls. 103 a 144).

Mediante auto del 16 de octubre de 2015, el Juzgado de Conocimiento integró al proceso a MARÍA CAMILA FALLACI BELTRÁN en calidad de litis consorte necesario (fls. 247-248), la cual, a través del apoderado judicial de la señora MARIA DEL ROSARIO CIFUENTES LIZARAZO en calidad de su representante legal de la menor, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, donde manifestó que el demandante nunca ostentó la calidad de compañero permanente de la señora ERIKA BELTRAN CIFUENTES por no existir una unión marital de hecho, concibiéndose una percepción errónea de la realidad, en la que el joven de 14 años (2007) asimiló como convivencia permanente con la causante, el hecho de reunirse para festejar encuentros entre los integrantes del núcleo familiar, como cumpleaños, navidades y encuentros ocasionales, expuso que los primos y familiares cercanos de la causante la acompañaban tras el fallecimiento de su única pareja, como apoyo moral y propio de la familia, sin que se tergiversara el motivo o

la intención de ese tipo de reuniones, aseveró que el hecho de que el demandante y la causante procrearan un hijo no quiere decir que existiera una unión marital de hecho, resaltó que ambos vivieron en domicilios diferentes, nunca vivieron bajo el mismo techo, y se reunían como consecuencia del vínculo familiar; además, señaló que a la edad de 14 años el joven Diego Fernando Cifuentes Gómez no se encontraba ni mental y menos aun jurídicamente en condiciones para tener una voluntad consciente sobre decisiones como lo son la vida en pareja bajo el mismo techo, emancipándose de sus padres, con quienes siguió viviendo y recibiendo apoyo económico para los estudios que cursaba para ese entonces. Aunado a ello, señaló que la causante era una mujer inválida y madre de la menor, por lo que bajo estas circunstancias era descabellado pensar que un menor de 14 años, pudiera llegar a prestar apoyo económico, moral y propio que exige la convivencia de una pareja que ha conformado una unión marital de hecho, más aún bajo las condiciones de salud y de madre de la causante. Finalmente subrayó que la causante en ningún acto legal o declaración manifestó que el demandante fuera su compañero permanente o cónyuge, presentándose como mujer cuyo estado civil fue viuda, esto es soltera. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «falta de causa y cobro de lo no debido», «prescripción» y «genérica» (fls. 255 a 276).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 11 de marzo de 2020, condenó a PORVENIR S.A. y SEGUROS ALFA S.A. a reconocer y pagar al actor la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañera permanente, a partir del 23 de octubre de 2012 en cuantía igual al 50% de la mesada pensional que se venía percibiendo al momento del deceso, y en adelante con los respectivos reajustes legales junto con el retroactivo desde dicha calenda hasta que se produzca la efectiva inclusión en nómina, de manera indexada, autorizando expresamente a dicha entidad pagadora realizar los descuentos de ley a salud; condenó a las accionadas a seguir pagando a MARIA CAMILA FALLACCI BELTRAN y a JUAN DIEGO CIFUENTES BELTRAN la sustitución pensional con ocasión a la muerte de su madre y causante, a partir del 23 de octubre de 2012 en cuantía igual al 25% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso para cada uno, con los respectivos reajustes legales hasta los 18 años de edad o hasta los 25 años siempre y cuando acrediten la calidad de estudiantes, se absolvió de las demás pretensiones a las codemandadas; declaró probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido, condenó en costas a las accionadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, argumentó que, del acervo probatorio recaudado en el expediente, encontró acreditado que el señor DIEGO FERNANDO CIFUENTES GOMEZ y la causante ERIKA BELTRAN CIFUENTES convivieron en forma ininterrumpida en calidad de compañeros permanentes desde el 28 de enero de 2007 hasta el fallecimiento de la causante 23 de octubre de 2012. Respecto de la fecha del inicio de la convivencia y su continuidad, observó que de los testimonios rendidos por los testigos ELVIA MARÍA LIZARAZO DE CIFUENTES, TOBIAS CIFIENTES JIMENEZ Y MARIA ANGELA GOMEZ AREBALO estos fueron consistentes en indicar que fue el mes de enero del año 2007 cuando el demandante y la fallecida decidieron vivir juntos, fecha que los tres expusieron tener claras, por las características propias de la unión y el estudio del demandante, sostuvo que además de ser primos, el accionante contaba con 14 años de edad, por lo que entendió que aún se encontraba estudiando en colegio, situación que era una de las preocupaciones que aquejaba a la familia, así mismo anotó que las declaraciones fueron consistentes en manifestar que el periodo en el que no convivieron en el mismo techo fue hasta el mes anterior al fallecimiento de la causante, siendo decisión de su progenitora la señora MARIA DEL ROSARIO CIFUENTES LIZARAZO evitar que tanto el demandante como alguno de los familiares tuvieran contacto con la misma, dado que se encontraba delicada de salud, situación que subrayó les consta por ser los abuelos de la pareja y madre del demandante, quienes en su calidad de familiares son quienes tienen mayor claridad sobre los eventos acontecidos dentro del núcleo familiar y al no ser tachados se tienen como ciertos. Aseveró que la convivencia no pudo ser refutada por ninguno de los medios probatorios aportados por las demandadas, toda vez que de los testimonios de JHON EDWIN CASTRO RINCON y ANGELA ADRIANA MURCIA MANRIQUE no se evidenció tener una relación muy cercana a la pareja, precisando el primero, que la relación con la causante era estrictamente profesional, por lo que no tenía conocimiento de la vida personal de la misma, y la segunda indicó que el contacto y la comunicación que tenían era en forma esporádica sin que superaran dos visitas y cuatro llamadas al año, por lo que concluyó no resultar extraño que los testigos no tuvieran conocimiento de la relación entre la causante y el accionante. Adicional a ello, explicó que una vez evaluada la investigación adelantada por la Seguridad Social Técnica Investigativa de la accionada, observó que la declaraciones contenidas por los señores ANGIE ASTRID BELTRAN CIFUENTES y CARLOS ALBERTO MORENO CIFUENTES como hermanos de la causante no eran claras respecto del tiempo, modo y lugar de la vida de la causante; en este punto, adicionó que de los testimonios rendidos se podía deducir que si bien es cierto en un inicio el demandante no apoyó económicamente a la causante, lo cierto es que, él era quien ayudaba a la misma en

sus quebrantos de salud, negocios y demás, de modo que el demandante cumplió con los requisitos aplicables para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañera permanente, pese a no tener para esa data los 30 años de edad, destacó si tuvo un hijo fruto de la relación con la causante. Por lo tanto, condenó a las codemandadas a reconocer y pagar la sustitución pensional al demandante en los términos inicialmente señalados.

Frente a los intereses moratorios arguye que la entidad accionada no incurrió en mora, teniendo en cuenta que el compañero permanente no había probado los requisitos para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes; en subsidio accedió a la indexación y en cuanto a la prescripción, explicó que no prosperaba, toda vez que, la causante falleció el 23 de octubre de 2012 y la demanda se radicó el 20 de agosto de 2014 (fol.1), por lo que no trascurrió el termino trienal.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló, solicitando la revocatoria de todas las condenas impuestas en su contra, para ello reiteró los argumentos presentados en la contestación de demanda y coadyuvó los argumentos esbozados por Seguros de Vida Alfa. Argumentó que solamente asumió el pago de la pensión de la afiliada ERIKA BELTRAN CIFUENTES bajo la modalidad de retiro programado hasta el mes de agosto de 2009, momento en el que dicho pago fue asumido por SEGUROS DE VIDA ALFA mediante un contrato de venta vitalicia inmediata suscrito el 17 de septiembre de 2009, por medio del cual dicha aseguradora se comprometió a pagar una renta mensual vitalicia hasta el momento de su muerte y la del último de sus beneficiarios con derecho a la pensión de sobrevivientes, razón por la cual, subrayó, quedó sin la responsabilidad atinente a reconocimiento a pensión alguna. Por lo expuesto, agregó que los contratos de renta vitalicia únicamente se suscriben entre los afiliados y las aseguradoras teniendo en cuenta la información familiar del afiliado que determinará la renta a contratar, apuntó que la afiliada nunca informó sobre la convivencia con el demandante, por tanto trasmitió los aportes a Seguros Alfa quedando desligada de cualquier obligación pensional frente a la causante y sus beneficiarios, reiteró nunca existió legitimación en la causa por pasiva para vincular a PORVENIR S.A. referenciando para tal efecto, lo establecido en el Auto 081 de 2001 y la sentencia T - 162 de 1998.

Por su parte, la apoderada judicial de **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, apeló la decisión de primer grado, solicitando las absoluciones que en primera instancia se requirieron, expresando haber suspicacia respecto de las declaraciones rendidas por los testigos del demandante, toda vez que, de manera inequívoca señalaron que la

convivencia entre la causante y él demandante ocurrió en febrero de 2007, no obstante observó, no se tuvo en cuenta que cuando se le hacían preguntas con fechas mucho más cercanas coincidían en señalar que no recordaban o no eran claros; en cuanto a los testimonios de JHON EDWIN CASTRO RINCON y ANGELA ADRIANA MURCIA MANRIQUE, indicó se tuvieron en cuenta para corroborar que la causante en sus últimos meses de vida padecía de ceguera y no le era posible ver con claridad. Asimismo, consideró que no se tuvo en cuenta o se guardó silencio respecto de: **(i)** lo declarado por la señora MARIA DEL ROSARIO CIFUENTES quien manifestó que, no era cierto que el demandante acompañara de manera permanente a la causante a sus diligencias del día a día. **(ii)** El demandante después del fallecimiento de la causante guardó silencio durante muchos meses. **(iii)** Los actos inequívocos y reiterados de la causante ante distintas personas y entidades de seguridad social respecto a su estado civil, donde señaló que era soltera o en su defecto viuda, sin manifestarse que fuese compañera permanente del demandante. **(iv)** Que el termino de convivencia del demandante se dio en el lapso en el que se encontraba siendo menor de edad, esto es, entre los 14 a 17 años, encontrándose ante la incapacidad legal y mental de ejercer actos propios, aseveró que al no gozar con la mayoría de edad el actor menor de edad para la época de los 5 años, hace evidente el vicio de su consentimiento para que eventualmente pudiera desplegar actos como constitutivos de forjar una convivencia. **(v)** Que la procreación de un hijo no da por sentado la configuración de una convivencia. Destacando finalmente que PORVENIR S.A. en ningún momento recibió una acreditación en su calidad de compañero permanente en vida por parte de la causante, y Seguros de Vida Alfa está actuando únicamente como pagadora de la pensión de la información recibida.

Finalmente, el apoderado judicial de la Litis consorte necesaria **MARIA CAMILA FALLACCI BELTRÁN** inconforme con la decisión la impugnó, discrepando de la decisión en el entendido que el Juez de Primera Instancia declaró la convivencia entre él demandante y la causante, para ello argumentó que dicha circunstancia no se encuentra en firme, toda vez que, ante la jurisdicción de familia se encuentra en curso un proceso, encontrándose en etapa de casación frente la decisión adoptada por los jueces de familia. Aunado a ello expresó que la convivencia declarada en manera alguna se circunscribe a la determinada por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la misma no solo se limita al hecho de convivir durante cierto tiempo, sino que implica ayuda mutua, aportes entre ambos, fidelidad, estabilidad, singularidad, entre otros, circunstancias que aseveró no ocurrieron. Añadió que la demanda se sustenta en una percepción errada, toda vez que, la supuesta convivencia ocurriría por ser familia, y se reunían para festejar eventos familiares, brindar apoyo a la demandante por la muerte de su cónyuge. Precisando que

aspectos tales como el hecho concebir un hijo, manejar el vehículo o cobrar dinero, en los que se fundamentó la decisión para declarar la existencia de la convivencia, no la demuestran realmente, así como tampoco para conformar un hogar permanente y estable para acceder a la pensión.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas y la litisconsorte necesaria se pronunciaron en similares términos a los esgrimidos en la apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado. La parte actora, por su parte, solicitó la confirmación de la misma por haberse demostrado la convivencia con la causante desde el 28 de febrero de 2007 hasta el día de su muerte ocurrida el 23 de octubre de 2012.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que PORVENIR S.A. mediante comunicación del 19 de agosto de 2009 le reconoció pensión de invalidez a la señora ERIKA BELTRÁN CIFUENTES a partir del 29 de noviembre de 2006, fecha de estructuración de su estado de invalidez en cuantía inicial de $746.801, prestación que luego de adelantarse los trámites correspondientes fue asumida por Seguros de Vida Alfa S.A. a partir del 17 de septiembre de 2009; que la pensionada falleció el 23 de octubre de 2012 y en tal virtud, la aludida aseguradora le reconoció pensión de sobrevivientes a los menores hijos de la causante, MARIA CAMILA FALLACI BELTRÁN y JUAN DIEGO CIFUENTES BELTRÁN a partir del fallecimiento de la causante (fls. 12 a 19, 91 a 94, 150, 158 a 160, 164-165).

Así las cosas, para determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del

pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó «*el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003,* ***solo es exigible en caso de muerte del pensionado»*****,** para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que «*no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional*».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

> *«…de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que* ***la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado****; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (…)*
>
> *Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas,*

«convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003,* ***para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia,*** *toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y* ***la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte****, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

(…)
Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del pensionado que fallece, resulta exigible un tiempo mínimo de convivencia de cinco años en cualquier tiempo, acreditándose en ese tiempo la conformación de un núcleo familiar, con vocación de permanencia, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, en aras de resolver las apelaciones propuestas, se procede a analizar el acervo probatorio en aras de determinar si en efecto, el accionante logró demostrar ese mínimo de convivencia requerido, para lo cual indica la Sala que se agregaron al proceso declaraciones extra proceso de los señores TOBÍAS CIFUENTES JIMENEZ y ELVIA MARÍA LIZARAZO DE CIFUENTES (fls. 20 y 21), quienes también comparecieron a rendir su testimonio en el proceso; de igual modo se aportó declaración extra judicial de la señora FLOR OLIVARES RODRÍGUEZ (Fl. 21); en dichas declaraciones, se expresó al unísono que conocían de trato vista y comunicación a la pareja BELTRÁN-CIFUENTES conviviendo bajo el mismo techo de manera ininterrumpida desde el 28 de febrero de 2007 hasta el 23 de octubre de 2012, fecha en que falleció la causante ERICA BELTRÁN CIFUENTES.

En la declaración rendida por la señora **ELVIA MARÍA LIZARAZO DE CIFUENTES** de 85 años de edad, indicó tener parentesco con el demandante y la causante, de abuela, debido a que ellos eran primos. Afirmó que ellos sí tuvieron una convivencia bajo el mismo techo, junto con la hija del primer matrimonio de la señora Erika, que dicha relación tuvo duración desde febrero del año de 2007 hasta el 2012, año en el que la señora Erika falleció; que recuerda la fecha de inicio porque «*empezaban los estudios y nos preocupaba si él iba a seguir estudiando o no, entonces por eso tenemos porque él entraba en ese tiempo a estudiar, a seguir sus estudio*»; señaló que, la familia les hizo saber de su desacuerdo con la relación, la cual fue correcta todo el tiempo hasta el día que ella murió. Respecto a la frecuencia con que se veía ella con la pareja, indicó que fue constante con ocasión de reuniones familiares en su casa o en la de ellos; además, durante la relación procrearon un hijo y que el señor Diego durante la relación con la señora Erika no tuvo otra pareja sentimental. En cuanto a los gastos, sostuvo que era la señora Erika era quien

costeaba los gastos del hogar, pues el demandante era adolescente, además la causante lo tuvo como beneficiario de la EPS y no tiene conocimiento de una Póliza de Seguros, tampoco tiene conocimiento de otros procesos judiciales en torno a la relación de la pareja. Aseguró que, la pareja se iba a casar por lo sacramental pero no fue posible debido a la gravedad de salud en la que entró la señora Erika, siendo el demandante quien se responsabilizó de todo el hogar, ya que durante la relación ellos se entendieron muy bien. Agregó la testigo que el señor Diego dejó de convivir con los padres en febrero de 2007, que él continúo estudiando, terminando bachillerato y comenzando universidad. Que tenía entendido que la causante lo tenía afiliado a una EPS como beneficiario, pero no sabía a cuál. Ante el interrogante de si sabía si existían procesos judiciales, para determinar la unión marital de Diego y Erika, respondió que *«no, de eso no sé, no creo, tengo entendido que no»*. Refirió igualmente, que la actitud contraria de su hija Rosario, madre de la causante, respecto a la relación, sostuvo que no era por su parte sino por el esposo de ella con el cual ella vivía debido a que él se entrometía en la relación de la pareja CIFUENTES-BERNAL. Por último, señaló la testigo que se enteró que tanto al actor como a la familia dejaban entrar a visitar a la causante, salvo los abuelos de la señora Erika por petición de ella; de otro lado, mencionó que la educación del señor Diego la asumió el papá y la universidad el abuelo del demandante y la causante; que luego de la muerte de la señora Erika, ellos responden por el hijo de la pareja, la señora María del Rosario y su marido. Señaló que los problemas que se presentaron fueron al final de la relación.

En lo que concierne al testimonio del señor **TOBÍAS CIFUENTES,** de 86 años de edad, explicó que es el padre de la señora Rosario Cifuentes y abuelo de la pareja, que él conoció de la relación, la cual tuvo inicio durante la primaria del demandante y se prolongó por espacio de cinco años, que ellos se fueron a vivir juntos y ante esta situación ellos no se opusieron; que la relación inició desde el 2007 hasta la muerte de la señora Erika y durante la misma procrearon un hijo, que ellos no se opusieron porque de nada serviría ello. Que los estudios de primaria de Diego fueron costeados por los padres de él y los universitarios fueron por parte del testigo y un poco por la hermana de este último, la causante ayudó con sus gastos al principio de la carrera; en cuanto a los gastos del hogar, sostuvo fueron costeados por unos negocios que ellos hicieron. Que la relación entre el demandante y la hija de Erika fue de padre e hija; que la causante lo afilió a alguna EPS, no obstante, en cuanto a alguna Póliza señala no tener conocimiento. Que el cuidado del hijo de la pareja luego de la muerte de la señora Erika fue asumido por la señora María del Rosario, la abuela, pero ahora vive con el testigo y su esposa; mencionó tener conocimiento de otros procesos judiciales en torno a la custodia y tenencia del menor. Sostuvo, en los eventos

sociales a los que asistía la pareja, se presentaban como amigos. En cuanto a las capacidades mentales de la señora Erika, señaló haber sido críticos los últimos meses de vida. Por otro lado, comentó que durante un tiempo Diego no aportó económicamente al hogar pues él estaba ocupado en sus labores académicas. Mencionó igualmente que la relación de la pareja inició en el 2007 y ellos se enteraron un poco antes de la misma por la confianza en que se trataban. Por último, señala que los últimos días de vida de la señora Erika, le prohibieron la entrada al hospital al señor demandante.

Por su parte, en el testimonio de la señora **MARÍA ÁNGELA GÓMEZ ARÉVALO**, madre del demandante, se indicó que la causante era prima de su hijo y sobrina de su esposo; expresó que tras la muerte del primer esposo de la señora Erika, ella se refugió en sus hijos (de la declarante), iba mucho a su casa, todos los días porque se mudó cerca de su casa, y posteriormente se enteró de su relación con uno de sus hijos, con la cual no estuvo de acuerdo porque su hijo era menor de edad, luego este se empezó a alejar y comenzaron a vivir juntos; señala que la señora hoy fallecida ayudó económicamente a su hijo Diego junto con sus abuelos. Que al momento de fallecer esta, él estaba quedándose en su casa (de la testigo). Narró que creía que la relación entre la pareja había iniciado en febrero del 2007; los gastos eran suministrados por la señora Erika y durante las hospitalizaciones de la misma, era el actor quien la acompañaba en todos los procesos. Reiteró no saber con exactitud la fecha en que empezaron la relación, no obstante, sostiene fue en el 2007, tampoco recuerda la fecha de noviazgo, que la pareja se fue a convivir primero en el Barrio la Carolinita y luego al Imperial en un apartamento que compraron, donde vivían con los dos menores.

La señora **ÁNGELA ADRIANA MURCIA** por su parte, indicó en su declaración haber sido compañera laboral de la señora Erika por haber trabajado con ella desde el año 1999 hasta el año 2008 como auxiliares de vuelo; que conoció al demandante durante el proceso judicial. Manifestó que la causante nunca mencionó tener una pareja sentimental, pues ella se presentaba como viuda y al señor Diego lo presentó como un familiar y se enteró de su relación por una llamada en la cual la señora Erika manifestó su descontento por el trato abusivo de su pareja. Anotó la testigo que se hablaban por teléfono después del año 2008 y se veían tal vez una vez cada 6 meses, agregando que, desde el año 2007 hasta el año 2009 estuvo en Bogotá, en el 2010 en Argentina y desde enero del 2011 a la fecha en Bogotá. Dijo la testigo haber ayudado a la señora Erika para la venta de un inmueble y una anotación en la escritura para el mismo. Indicó que su comunicación con la señora Erika era esporádica y estando en la clínica, ella le mencionó su preocupación por el patrimonio de su hija, por esto

realizó trámites para que el notario fuera a tomarle la firma en el hospital. Mencionó, que no tenía conocimiento que el demandante haya sido la persona que acompañaba a la señora Erika en el hospital; además, que ella le dio poder general en marzo de 2011, el cual se le leyó en voz alta debido a la pérdida de su visión; de otro lado, menciona que el hijo de la pareja estaba siendo cuidado por la señora María del Rosario (madre) y por la hermana.

El señor **JOHN CASTRO RINCÓN**, quien fue tachado por la parte actora por haber sido el abogado de la pareja en unos procesos civiles concernientes a patrimonio de familia, además, fue abogado contraparte en el proceso de custodia y tenencia del hijo de la pareja, señaló que durante el tiempo que conoció a la señora Erika y al señor Diego, nunca se trataron ni comportaron como pareja, precisando, conoció a la causante en el año 2005 por un proceso judicial.

Finalmente, rindió testimonio la señora **FRANCELY SOGAMOSO**, indicando sólo conoce al señor demandante por una reclamación ante la entidad donde ella labora, SEGUROS ALFA S.A., toda vez que dos años después que murió la señora Erika Beltrán solicitó pensión vitalicia y tenencia de su hijo; que la respuesta que se le brindó en su momento, fue que luego de un estudio, se concluyó que no cumplía con el requisito de tiempo de 5 años de convivencia para ser beneficiario de la prestación; además, mediante acto juramentado por los padres de él, se menciona que dependía económicamente de estos, por lo que sus requisitos no estaban materializados. Aunado a ello, al momento de sustituir la Póliza con SEGUROS ALFA, la causante registró como beneficiarios a sus dos hijos. En cuanto a la póliza de renta de vitalicia, explicó que, también constituye como beneficiaria a su hija, nunca realizó cambios de beneficiarios dentro de la misma, ni tampoco realizó cambios respecto de su estado civil. Posteriormente y durante el proceso de investigación adelantado por esta aseguradora, los testimonios realizados nunca adujeron una convivencia permanente entre la pareja y, en virtud de cuidar la integridad y bienestar de la menor, la aseguradora decidió dejar el proceso en suspenso, en tanto se acrediten los documentos pertinentes para probar que la señora María del Rosario es quien tiene la custodia y tenencia de la hija de la señora Erika; tiempo después, se aportó este documento que certificó a la señora María del Rosario como curadora de la menor, por ende, se le realiza el pago por concepto de renta vitalicia.

Asimismo, se le practicó interrogatorio de parte al señor **FERNANDO CIFUENTES GOMEZ**, ante el cual sostuvo que inició una relación con la señora Erika Beltrán, alrededor del año 2005 y en el 2007 formalizaron la relación, yéndose

a vivir juntos y terminó en octubre del 2012, fecha en la que ella falleció. Mencionó, durante este lapso de tiempo, compartieron vivienda, apoyo, viajes y él se comportó como un padre para la hija de la fallecida; que la causante tenía complicaciones de salud, siendo mayor que él; adicionalmente, tuvieron un hijo y tiempo después ella se sometió a tratamientos, ya que presentó un cáncer. Que, por algunas intervenciones de un pariente, se fue de su hogar, por lo que incluso perdió el contacto con ella en su entierro. Por otro lado, debido a la pérdida de visión de Erika, tuvo pensión por parte de Avianca, que su nivel académico es estudiante de arquitectura, cuya ocupación es en el campo de la arquitectura. Señaló, que a la edad de 14 años se fue a convivir con la causante y para esa época el siguió estudiando, aportante emocionalmente a la relación y convivió con ella hasta el año del 2012. Indicó que cuando tenía catorce años si bien estaba bajo la custodia de sus padres, en ese año 2007 él ya decidió estar con la señora Érika, pese a estar en el colegio, comenzó a convivir con ella hasta el 11 de septiembre del año 2012. Que su carrera universitaria estuvo a cargo del abuelo paterno -Tobías Cifuentes- y que le fue prohibida la entrada al apartamento por órdenes de la señora María del Rosario quien, a su vez, es su tía; adujo ser falso que él, en algún momento agredió a la señora Erika, pero que ella sí lo hizo en una ocasión. Mencionó que, los tratamientos que estaba llevando a cabo la señora Erika debido a la esclerosis múltiple, fueron medicación para que no perdiera más su visión, sin embargo ella suspendió la medicación debido a que de esta manera no tenía recaídas y continuó con tratamientos en oftalmología; más adelante, se sometió a quimioterapias y «*raquioterapias*»; su crisis económica, relata, fue alrededor del 2009, por unos dineros que la *de cujus* prestó, además no recibió una indemnización de EEUU; no obstante, no les faltó provisión de sus necesidades básicas. Respecto de sus deberes universitarios, el cumplimiento del hogar y apoyo a Erika, arguyó su organización, estudiaba en la mañana, en la tarde apoyaba a Erika y en la tarde-noche él realizaba sus trabajos, en ocasiones con ayuda de su compañera; en cuanto a labores domésticas, «*ella se defendía*» entre semana y él colaboraba los fines de semana con estas labores. Posteriormente y con la llegada de su hijo, tuvieron la ayuda de la señora Rosario. En cuanto a la incomunicación que tuvo la pareja el último periodo de vida de la señora Erika, comentó que él intentó comunicarse con su compañera, sin embargo, algunas personas, como la señora María del Rosario, se lo impidieron y le aseguraron a la causante que él tenía problemas de adicción y estaba con otra compañera. Relató el demandante que la familia estuvo un mes con la señora Erika y falleció, por el contrario, cuando vivió con él por cinco años, ella se mantuvo viva. Sus últimos días, aduce que, gracias a la ayuda de un médico, logró verla, pero en una situación muy diferente debido a que ella no era consciente, se veía muy delgada

y parecía un niño. Respecto a la llamada que realizó la señora Erika a la línea 123 por motivo de maltrato, contestó que para ese tiempo ya estaban teniendo discusiones en razón al entrometimiento de personas externas a su relación, no obstante, fue Erika quién lo agredió y esa llamada la hizo la señora María del Rosario y que fue la misma causante quien se opuso a que se lo llevara la Policía. Por último, relata que por motivos de tiempo ella no alcanzó a registrar a su pareja como cónyuge en todas las entidades de seguridad social y que eran sus padres quienes lo tenían como beneficiario de la salud, siendo lo único que alcanzó a hacer fue tenerlo como beneficiario en la Cooperativa Coomeva en un seguro.

La representante de la menor, MARIA CAMILA FALLACCI BELTRÁN, MARIA DEL ROSARIO CIFUENTES LIZARAZO, madre de la causante, sostuvo en su declaración de parte que su hija era **v**iuda, no tenía unión marital de hecho; que el 16 de agosto de 2005 murió el esposo de ésta en un accidente de aeronave, con una hija de 4 años, MARIA CAMILA FALLACCI BELTRÁN; que la causante venía trabajando desde 1994 y en el 2009 es pensionada por problemas de salud – tiroides –; que a los 15 años tuvo problemas de salud -esclerosis- y cuando muere el esposo entró en crisis, perdió un ojo, se pensionó en el 2009, que el 4 de noviembre de 2005 adquiere un finiquito por su esposo en un 50% y en un 50% para su menor hija, y tiene un apartamento que hicieron con su esposo que quedó en herencia para ella y su hija, una vez muerto el esposo, en un momento de luto la familia la apoyó, que sus sobrinos siempre estaban vinculados con la familia, en reuniones navideñas, cumpleaños, ritos religiosos, acompañando a Erika y a la menor, en ese sentido como familia, pasaron los años y nació su nieto Juan Diego, que se dio «*en un momento de calor me imagino yo*», porque nunca se vio que Erika en reuniones dijeran que se presentaban como novios, ni expresiones de afecto; que el 15 de agosto de 2011 Erika llega a su casa en su cumpleaños, diciendo «*los felicito porque van a ser abuelos*» y cuando le preguntaron, quién era el papá, llegó Diego Fernando Cifuentes su sobrino, que es primo con la causante, y ella dijo «*él es el papá de mi hijo, ante eso quedamos en silencio, quedamos fríos no se tocó nada más del niño*». Que el actor es hijo de su hermano, anotó que su hija tenía un problema de menstruación, de la tiroides, esclerosis múltiple, que ella no se cuidaba porque no quedaba embarazada. Agregó que como ella sufría problemas de la vista, Diego siempre la acompañaba y él se convirtió en un lazarillo, para asistirla, cuando ella quedó embarazada él ya tenía sus 18 años, y pasó al nuevo apartamento que compró su hija, se organizaron ahí, cuando nació el niño ella quedó ciega totalmente y le detectaron un papiloma humano, que al niño lo internaron, Diego no llegaba al apartamento, él en dos oportunidades la maltrató, a mitad de año del 2012 le desembolsaron su segunda indemnización, en agosto mi hija llamó al 1-2-3 por maltrato, donde solicitó

no dejar entrar a Diego, para el 1° de septiembre salgo del edificio, se me puso enfrente Diego y la mamá de Diego, dañando el parabrisas del carro y cogiendo a pie, lleve a mi hija enferma al hospital, su hija quedó hospitalizada, entró en crisis, ya el 28 de octubre de 2013 fallece, ella estaba hospitalizada.

De otro lado, se aportaron al expediente como pruebas documentales relevantes las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho y disolución de la sociedad patrimonial que instauró el actor, en el cual se declaró que entre el actor y la causante se conformó una unión marital de hecho desde el 28 de febrero de 2007 hasta el 31 de agosto de 2012, decisiones que en todo caso vale indicar no se encuentran ejecutoriadas al estar surtiéndose el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil- Agraria-Familia (fls. 222 a 244, 336 a 349, 386 a 427 y 490 a 493), de tales providencias vale destacar, en el trámite de dichos procesos rindieron testimonio igualmente los señores TOBIAS CIFUENTES JIMÉNEZ, ELVÍA MARÍA LIZARAZO DE CIFUENTES, MARÍA ÁNGELA GÓMEZ ARÉVALO, donde en similares términos a los antes expuestos, afirmaron la relación y convivencia de la pareja desde comienzos del año 2007, salvo el señor TOBIAS CIFUENTES que indicó la relación inició cuando el actor tenía unos 16 años, hasta cuando murió la señora Erika Beltrán Cifuentes. También se evidencian declaraciones de la señora MARÍA DEL ROSARIO CIFUENTES LIZARAZO donde manifestó que la causante *acogió al citado, cuando tenía 14 años, por pura lástima y por no dejarlo aguantando hambre en la calle, y que el mismo le sirvió de lazarillo o cuidandero, porque ella tenía problemas para desplazarse.*

Además de ellos, se observan declaraciones del padre del demandante, RICARDO CIFUENTES LIZARAZO quien indicó que la relación de su hijo con la causante comenzó cuando estaba en noveno año de estudio, hacía el año 2006, y a partir de ese momento la pareja indicó que quería irse a vivir y formar un hogar, convivencia que perduró hasta la muerte de la señora Erika Beltrán.

FLOR MARÍA OLIVARES RODRIGUEZ, quien dijo conocer a la familia hace más de 40 años, sostuvo que conoció la pareja CIFUENTES-BELTRAN conviviendo por espacio de cinco a seis años desde 2006 o 2007 hasta que falleció la señora Beltrán, lo cual saber por visitas que les hacía cada uno o dos meses. Que sabe que la mamá del demandante habló con la mamá de Erika para que hiciera algo al respecto, pues la convivencia comenzó cuando él tenía 14 años y Erika 28 y no estaba de acuerdo con esa relación.

De otra parte, se hizo referencia al testimonio del señor ÁLVARO VARGAS donde se indicó que conoció a la causante a principios del año 2007, pues ella le prestó dinero y en esa ocasión, se lo presentó como hijo y siempre se refirió a él en tal condición; que para el año 2012 la causante iba perdiendo la vista y que siempre para él, fue un vástago de la misma, la acompañaba para cobrar los intereses y el capital, nunca vio actitud de pareja entre los mencionados, pues observó fue una relación madre-hijo y que en agosto o septiembre de 2012, doña Erika lo llamó para pedirle que no le entregara dineros o cheques al demandante.

De igual modo, se hizo mención a la prueba trasladada que se recaudó en el proceso de tenencia y cuidado personal promovido por la señora MARÍA DEL ROSARIO CIFUENTES LIZARAZO contra el demandante, del cual se aportó a este proceso, la sentencia proferida en el mismo (fls.467 a 489), referenciándose los testimonios de INGRID BELTRÁN CIFUENTES, hermana de la causante, quien manifestó en lo que interesa al presente asunto, no constarle si el actor vivía con su hermana, porque sólo iba de visita y que, cuando iba, el demandante estaba ahí, además tenía conocimiento que a veces se quedaba en el lugar, porque lo veía levantándose. CARLOS ALBERTO MORENO CIFUENTES, hermano de la madre de la fallecida, aseveró igualmente que el núcleo familiar de su hermana estaba en principio conformado por DIEGO, los menores JUAND DIEGO Y MARÍA CAMILA, pero luego de que a ella le diagnosticaran cáncer, lo comenzó a conformar también doña ROSARIO, madre de la demandante. CARLOS ALBERTO MORENO HOLGUÍN, compañero permanente de ésta última, informó que cuando se enteraron de quien era el padre del menor JUAN DIEGO se sorprendieron, pues no sabían de la existencia de la relación entre el actor y la hija de su compañera permanente y que por problemas económicos del actor, la hoy fallecida, amablemente comenzó a invitarlo a su apartamento y le pidió que le sirviera de lazarillo al haber comenzado a mermarle su visibilidad, de modo que Diego era el encargado de hacerle las diligencias, mandados, manejar los carros, hacer cobros y manejar las tarjetas de crédito y que desde el 1° de septiembre de 2007 hasta que falleció, la causante se trasladó a vivir con ellos, dadas sus complicaciones de salud.

De igual manera, en la entrevista hecha a la menor hija de la causante, MARÍA CAMILA FALLACI BELTRÁN, indicó que no sabía de la relación de su mamá y DIEGO FERNANDO, siempre los vio como primos y que éste iba esporádicamente a su hogar, nunca lo vio acompañando a su mamá en el embarazo; cuando ella vio que él tuvo acceso a la casa donde vivía la mamá fue cuando él tenía 14 años y ella unos 6 o 7 años, pero que iba como primo normal.

De otro lado, se aportó copia de documento denominado *Constancia de ingreso* a los *fondos mutuales de solidaridad y auxilio funerario,* del cual se extrae el ingreso de la causante a un fondo mutual de la Cooperativa COOMEVA el 30 de septiembre de 2011, donde incluyó como beneficiarios del auxilio por muerte al actor y a la menor MARIA CAMILA FALLACI BELTRÁN (fl. 35, 216 y 217), lo cual se corrobora además con la certificación obrante a folio 215, en la cual dicha entidad certifica haber pagado al actor el porcentaje asignado del valor de protección tomado por parte de la fallecida; de igual modo, se aportó documentación relacionada con el trámite de la pensión por invalidez adelantado por la causante ante la AFP PORVENIR, de donde se extrae que inició en el mes de octubre del año 2007 según formulario que reposa a folio 145, destacándose que en el denominado Anexo C, *solicitud valoración por invalidez,* se identificó en su estado civil como *viuda* el aparte relativo a la información del grupo familiar únicamente aparece como tal la mencionada hija y así se determinó una vez se expidió la póliza por parte de Seguros de Vida Alfa S.A. mediante la cual asumió el pago de dicha prestación -fls. 150,151.

Asimismo, aparece de folios 153 a 160 el estudio pensional y/o investigación administrativa para determinar el reconocimiento pensional por sobrevivencia, por parte de la empresa SETEI, en la cual se puede observar que rindió declaración la madre de la causante, MARÍA DEL ROSARIO CIFUENTES, donde indicó que su hija tuvo una relación sentimental con Diego Fernando Cifuentes, que no concluyó con una relación permanente, indicando además que ella convivió con su hija *desde hace aproximadamente 5 años* de forma intermitente. Dentro de las declaraciones de *conocidos, vecinos y familiares del hogar de la fallecida,* se tomaron las de los mencionados hermanos de la obitada donde mencionaron que era viuda, madre de dos hijos, que vivía sola y que vivió muy poco tiempo con DIEGO FERNANDO.

Se adosaron igualmente al plenario, documentos relacionados con la historia clínica y citas de control médico de la actora, verbigracia el de folio 218, fechado 06 de marzo de 2012 en el cual se identifica como acudiente o representante de la causante, al señor DIEGO CIFUENTES, así como el de folio 219 con fecha de atención 25 de julio de 2012, a folio 220 el de fecha 30 de agosto de 2012, donde se le identifica como acompañante y esposo de la hoy fallecida y finalmente el documento del 22 de enero de 2012 donde la señora Beltrán Cifuentes se identifica como casada.

Por otro lado, de folios 281 a 288 se encuentra copia de escritura pública de fecha 11 de octubre de 2012, mediante la cual la señora Erika Beltrán Cifuentes le otorga poder general a su progenitora, MARÍA DEL ROSARIO CIFUENTES LIZARAZO, allí

ambas se identificaron como «*SOLTERA SIN UNIÓN MARITAL DE HECHO*». Asimismo, a folio 321 se aportó declaración extra proceso de la señora LUZ AMÉRICA CALDERÓN GÓMEZ en la cual manifestó constarle que la señora Erika Beltrán llegó a vivir en el año 2009 al Conjunto Parque Imperial 1, del cual era la administradora, tiempo después le presentó al señor Diego Fernando Cifuentes como su sobrino y que se desempeñaba como estudiante; después se enteró que ellos tenían una relación sentimental, lo cual le pareció raro, por el hecho de ser su sobrino y la diferencia de edades.

Dilucidado lo anterior, para la Sala, del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que el accionante DIEGO FERNANDO CIFUENTES GÓMEZ sí convivió en calidad de compañero permanente con la causante ERIKA BELTRÁN CIFUENTES; siendo el tema que suscita controversia, el tiempo en que se desarrolló la misma para definir si cumple los términos y la forma requerida por las disposiciones legales y jurisprudenciales vigentes. Está clarificado en el plenario que convivieron de forma permanente tal como se puede advertir incluso con el dicho de los testigos traídos al juicio por las accionadas y la vinculada en calidad de litisconsorte necesario. Debe advertirse con relación a las declaraciones de los abuelos de la pareja y en general de la mayoría de los testigos que resultan ser familiares tanto de la causante como del promotor de la causa, se valoran desde luego, con mayor rigurosidad en tal razón, precisando que sus dichos no se muestran parcializados ni con el ánimo de favorecer a los convocantes, por el contrario concuerdan con las restantes versiones, sin que, se encuentren contradicciones de manera protuberante que lleven a desecharlos, como lo sugiere la parte recurrente.

En ese sentido, considera la Sala una vez valorada la prueba en conjunto que la pareja CIFUENTES-BELTRÁN sí convivió por espacio de más de cinco años tal como lo infirió la Juez A Quo, así lo indicaron los testigos en especial los abuelos de la pareja, quienes mencionaron que la relación incluso inició en el año 2006, yéndose a vivir juntos a principios del año 2006, lo cual se corroboró con el dicho de la madre del causante, e incluso, la señora madre de la causante, a su vez tía del actor, informó en el proceso de declaración de unión marital de hecho, que su hija acogió al actor cuando tenía 14 años de edad. En ese sentido, puede verse que algunos testimonios mencionados señalan que el actor era quien acompañaba a la causante todo el tiempo, si bien no se desconoce por parte de la Sala que la actora contaba con unas condiciones de salud delicadas, lo cierto es que la actora al final de sus días claramente lo reconoció como su pareja, con quien además procreó un hijo.

De este modo, las pruebas antes mencionadas, conducen a inferir que la relación marital se pudo iniciar en el año 2004, reiterando la Sala, que los testimonios provienen de personas que presenciaron de manera directa los hechos, en razón a su percepción constante, no sólo por ser familia, sino porque claramente compartían en tal calidad con la pareja distintos momentos, como cumpleaños y festividades, visitando además el sitio donde habitaba la pareja, por lo que, lejos de desecharlos como se indica en la apelación se tornan completos sin desconocer la complejidad con la que describen la relación, al exponer la razón de su dicho, sin que se advierta que sean fruto de un aprendizaje inducido o preparado y, se insiste, no revelan interés en favorecer al demandante.

Con relación a la edad del actor y capacidad para conformar la unión con la causante, debe decirse que de entrada no tiene vocación de prosperar la argumentación expuesta por el extremo recurrente, dado que en este caso al contar el actor con 14 años de edad al iniciar su relación marital con la causante, a la luz de nuestra legislación civil, se trata de un menor adulto, que tal como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esa especialidad, en ciertos casos, cuentan con capacidad jurídica para autodeterminarse, por lo que sus decisiones no afectan a terceros y el Estado no puede invadir su fuero interno ni su intimidad (SC STC1976-2019).

Sobre el tema, la H. Corte Constitucional en sentencia C-131 de 1994, explicó:

> *«A partir de la jurisprudencia constitucional, se desprenden las siguientes conclusiones: 1) La institución de la capacidad jurídica busca permitir el desarrollo de las personas en el marco de las relaciones que surgen de la sociedad. Es también un instrumento de protección de sujetos que, por varias razones, como la edad, no están en condición de asumir determinadas obligaciones. 2) En términos generales, la regla es la de presumir la incapacidad del menor de edad. La ley civil reconoce la diferencia entre niños, impúberes y menores adultos estableciendo que las dos primeras categorías carecen de capacidad legal. De otra parte,* ***reconoce capacidad relativa a los menores adultos.*** *3) La capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque* ***cada caso debe ser evaluado individualmente,*** *los extremos de la ecuación son los siguientes: (i) A menor edad y mayor implicación de la decisión en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales, se presume la incapacidad total o relativa del menor, por lo cual mayor será la intensidad de las medidas de protección restrictivas de sus libertades. Por ejemplo, en temas relativos a la salud del niño que impliquen un riesgo para su vida o integridad, se hace más riguroso el examen de la capacidad del menor para decidir sobre tratamientos o intervenciones médicas, ampliando el alcance de la representación de sus padres o representantes legales. (ii) Por el contrario, cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación. No pueden prohibirse los comportamientos de los jóvenes respecto de su auto-cuidado, como el tabaquismo o del trabajo infantil de los mayores de 14 años, o de la apariencia personal, porque en estos casos el Estado no puede intervenir en la esfera privada de las personas, a menos de que la conducta afecte a terceros. En estos eventos, se prefieren las medidas que de modo indirecto busquen desincentivar determinada*

> *conducta sin imponer de manera coactiva un modelo ideal, especialmente cuando el menor es consciente de los efectos que su comportamiento implica para su vida. (…).* (C.C., C-131 de 2014)

En ese sentido, la propia jurisprudencia constitucional, se ha ocupado, específicamente, de establecer que los menores son titulares del derecho a fundar una familia, independientemente de cuál sea la forma bajo la cual la quieran desarrollar.

En ese orden de ideas, se tiene que el Código Civil autoriza el matrimonio de menores de edad a partir de los catorce años, con el consentimiento de sus padres, ahora tal derecho se encuentra limitado al permiso de sus padres el cual debe constar de manera expresa por escrito, y en caso de faltar los padres o los ascendientes, será necesario el permiso otorgado por el curador (C.C. art. 117), facultad que se entiende conferida igualmente respecto de los compañeros permanentes como forma legítima de constituir una familia; no obstante, debe precisarse, la ausencia de dicho permiso no es causal para anular dichas uniones de menores de edad, pues el Código solo establece que es nulo el matrimonio que se haya celebrado por menores de 14 años o cuando cualquiera de los contrayentes sea menor de la edad mencionada. En consecuencia, no encontrándose la ausencia de permiso consagrada como una causal de nulidad, el matrimonio celebrado por un menor de dieciocho años, pero mayor de catorce, aun sin el permiso de los padres, es plenamente válido, lo cual se puede predicar igualmente de las uniones de hecho. Tampoco debe perderse de vista, igualmente, que el numeral 2º del artículo 142 del Código Civil permite concluir que este tipo de uniones entre «*menores adultos*» o que incluya al menos uno, están llamadas a producir efectos de contenido patrimonial.

En esa medida, es claro que el aquí demandante sí tenía capacidad al menos para contraer nupcias y desde luego, para conformar una familia con la causante, desechándose con ello los reparos formulados por la parte accionada, respecto de la causante, quien le doblaba la edad para la época. Agregándose en este punto que dada esta situación resulta admisible que tal relación no tuviese aceptación familiar y con mayor razón en lo social, siendo aún más complejo y de cierta manera complicado familiarmente por tratarse de primos directos con una diferencia de edad considerable, cuanto más si uno de ellos era menor de edad, por lo que, conlleva igualmente considerar que no resulte descabellado considerar que en esas condiciones, unos y otros, la pareja y su núcleo familiar, le dieran un manejo muy discreto al vínculo para no verse sometidos al escarnio público, o sencillamente, por guardar las apariencias para evitar las críticas y/o el señalamiento o estigmatización social. De tal manera que, aun cuando en un inicio, esta no era una relación expuesta

de manera abierta, existen elementos que prueban su ocurrencia, al ser claros los testigos en referir la presencia de ese trato propio de quienes se predican amor, ayuda mutua, respeto y solidaridad, con vocación de permanencia, al compartir el mismo techo y lecho, extendiéndose hasta que falleció la señora Erika Beltrán.

Con relación a los ocultamientos de las relaciones maritales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha enseñado lo siguiente:

> *«…relación que aunque dijeron no conocerla los vecinos y amigos que rindieron testimonio, tampoco la esposa y el heredero convocados al proceso, no por ello se desvirtúan aquellas condiciones, máxime si se tiene en cuenta que esa noticia no se difundió especialmente porque ese fue el querer del "Sargento González Bastidas", basado en sus convicciones morales y religiosas, lo cual aceptó su pareja, puesto que no exteriorizó inconformidad en ese sentido y, esa actitud encuentra justificación en el ámbito de las garantías a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidas en, los artículos 15 y 16 de la Constitución Política.*
>
> *Cabe resaltar que el segundo de los citados derechos protege a la persona para gobernarse a sí misma y en tal sentido decidir de qué manera quiere desarrollar su propia vida, bajo qué condiciones y cuál su contenido y propósito; por lo que en línea de principio, únicamente puede ser restringida en función del respeto debido a la libertad ajena, lo cual pone de presente el obstáculo que tiene el legislador y el intérprete para limitarlo, puesto que se erige como potestad para desarrollar un comportamiento distinto al de los demás, así estos exterioricen una posición crítica frente a ese modo de ser y actuar.*
>
> *La jurisprudencia constitucional enfatiza aquella situación y de manera general en torno al citado "derecho fundamental" tiene señalado que el "Estado social de derecho reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP. art. 16), considerado corolario del pluralismo y la diversidad, valores superiores que actualmente identifican a los Estados liberales y democráticos de derecho, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, según el cual se le permite a la persona escoger y adoptar un plan de comportamiento acorde con su concepción del mundo y de su entorno social. - (…), conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para auto-determinarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar perjuicio social» (sentencia C-336 de 16 de abril de 2008)*[1] (CSJ SC de 28 de nov. de 2012, Exp. 2006-00173-01).

En lo que respecta a los supuestos de ayuda, socorro mutuo, apoyo económico propios de la noción de convivencia, que también se recrimina, ocurre lo mismo, es decir, que se debe señalar que la comunidad de vida se ve reflejada en el compartir «*vida en común*», cohabitación, socorrerse en las distintas circunstancias de la cotidianidad propias de la convivencia, lo cual se traduce en apoyo afectivo, emocional o, incluso, económico, sin que esto último implique en modo alguno, una

[1] *En este fallo se estudió acción de inconstitucionalidad parcial del artículo 1° de la Ley 54 de 1990 y de algunos preceptos de la Ley 100 de 1993.*

forzosa contribución financiera o coadministración del patrimonio que uno o ambos integrantes puedan tener, o adquirir durante la convivencia, sin desconocer el deber de contribución a las cargas familiares, pero que no necesariamente se ven materializadas monetariamente, sino en la colaboración o cooperación para enfrentar las necesidades, incluso emocionales de la pareja y las propias en todos los ámbitos de la vida social con la finalidad de mantener una unidad de vida o de destino.

Dichos aspectos, en sentir de la Sala se demostraron en el caso de autos, conforme lo indicado en precedencia, esto es, que los compañeros Diego Fernando Cifuentes Gómez y Erika Beltrán cohabitaron compartiendo techo y lecho, así como las contingencias propias de la cotidianidad, brindándose compañía y apoyo personal, en especial por las condiciones de salud de la causante, debiéndose tomar en consideración el contexto de la relación, pues el promotor del presente litigio para el momento en que se dio inicio a ésta era menor de edad, con 14 años de edad, se recuerda, en tanto que la causante contaba con 32 años y ya contaba con un patrimonio, por lo que riñe con las reglas de la lógica y de la experiencia que aquél hubiera podido laborar, dado que sus necesidades e intereses corresponden a las propias de un adolescente común, como era estudiar, salir, pasear, divertirse, a más de acompañar, ayudar en labores que la litisconsorte aquí vinculada denomina *«lazarillo»* de su compañera, dadas sus condiciones de salud, quien para los primeros años -2007-2009 aún laboraba y en ese entendido era quien atendía los requerimientos económicos del hogar, lo cual resulta usual en aquellas parejas en que se advierte una diferencia de edad considerable, como la que aquí se presentó.

De igual modo debe advertirse, que si bien en el último mes de vida de la señora Érika Beltrán, hubo ausencia por parte del actor, no resulta válido pregonar que ello se dio por la disposición de la madre de trasladar a su residencia a la hoy fallecida. En ese sentido, concluye la Sala que en el presente asunto se pudo demostrar la convivencia requerida por la jurisprudencia laboral en aras de procurar la prestación por sobrevivencia. Convivencia que se dio con el ánimo de hacer vida común hasta cuando falleció la señora Érika Beltrán y en ese orden, es claro que debe concederse el derecho pensional por sobrevivencia al demandante, tal y como se ordenó en primera instancia.

Advirtiéndose en todo caso que la condena resulta procedente respecto de PORVENIR S.A. entidad a la cual se encontraba vinculada la actora, no sólo como afiliada sino como pensionada, de ahí que, deba asumir las condenas ordenadas, sin que los trámites internos administrativos internos respecto a quien debe pagarlas

tengan que afectar al pensionado, de modo que si a bien lo tiene podrá reclamarle directamente a la aseguradora algún perjuicio que estime procedente.

En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

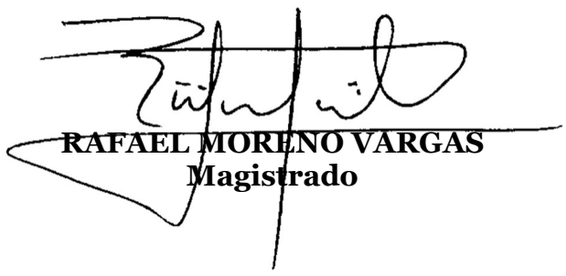
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

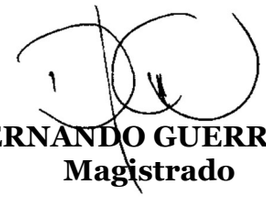
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FLOR ALBA RODRIGUEZ GARCIA contra PORVENIR S.A. Rad. 110013105-024-2017-00474-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **FLOR ALBA RODRIGUEZ GUTIERREZ** pretende se declare que le asiste derecho en calidad de compañera permanente, a la sustitución de la pensión con ocasión del fallecimiento del señor JOSE ALEXANDER MERA SANCHEZ, como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a reconocerle la sustitución de la pensión en un porcentaje del 50% del monto de la pensión a la que tenía derecho el causante, a partir de su fallecimiento el 01 de octubre de 2014; se condene a PORVENIR a reconocerle la sustitución de la pensión en un porcentaje del 100% del monto de la pensión a partir del momento que el menor BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ deje de percibir la mesada pensional. Se condene a PORVENIR al reajuste de las diferentes mesadas causadas y no pagadas, se condene a pagar la indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor JOSÉ ALEXANDER SÁNCHEZ (Q.E.P.D.) nació el 23 de junio de 1973, que durante su vida laboral realizó aportes a PORVENIR para un total de 335 semanas; que convivió con el causante en unión libre por más 18 años, esto es desde el 15 de enero de 1996 hasta

el 1° de octubre de 2014, fecha de su fallecimiento, de dicha unión nació el menor BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ, quien en la actualidad tiene 18 años de edad. Señaló que con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente solicitó ante PORVENIR la pensión de sobrevivientes en favor del menor BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ siendo cancelada en un 100%, que por asesoría equivocada no solicitó la pensión de sustitución a la cual tiene derecho como compañera permanente del causante, la cual solicitó ante PORVENIR S.A. el 24 de octubre de 2016, siendo negada el 05 de diciembre de 2016 (Fls. 2 a 10).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **A.F.P. PORVENIR S.A** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, la pensión de sobrevivientes reclamada le fue reconocida en modalidad de retiro programado a favor del menor BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ sobre el 100% del derecho pensional, como beneficiario e hijo del causante, así mismo señala que la demandante en la reclamación efectuada el 27 de octubre de 2014 se presentó en calidad de tutora, no como compañera permanente, sin indicar el estado civil de causante, el termino de convivencia, ni acreditó su calidad de compañera permanente. Sostuvo que en el formulario de sobrevivencia se observa que la actora indicó dos direcciones diferentes como residencia del causante y suya, situación que denota que al momento de la muerte del causante no convivía con el fallecido, por lo expuesto arguye que la demandante no demostró el cumplimiento del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por no probar la convivencia como compañera permanente del causante, razón por la cual señala no se le adeuda ninguna suma de dinero, en tal sentido, no existe fundamento o razón alguna de condena en contra de PORVENIR. Formuló la excepción previa de «falta de integración del Litis consorcio necesario»; y como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación a cargo de mi representada por ausencia de los presupuestas y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por cuenta de PORVENIR y reclamada por la demandante», «cobro de lo debido», «prescripción», «buena fe» y «compensación» (Fls. 36 a 45).

Mediante auto del 8 de agosto de 2018 se dio por contestada la demanda y se ordenó integrar como litisconsorte necesario al señor BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ (Fol. 79), quien por intermedio de apoderada contestó la demanda solicitando la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. No propuso excepciones (Fls. 81 a 85).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 9 de marzo del 2020, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor JOSÉ ALEXANDER MERA SÁNCHEZ a partir del 1° de octubre de 2014 en 13 mesadas al año en un porcentaje del 50%, y en un porcentaje del 100% desde cuando expiró el derecho de BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ. Ordenó a PORVENIR S.A. a pagar a la demandante el retroactivo pensional en el 100% de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del señor JOSÉ ALEXANDER MERA SANCHEZ, en su calidad de compañera permanente a partir de la fecha en que se haya suspendido el pago del 100% de la prestación que se venía cancelando a BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ, es decir, a partir del momento en que se perdió la condición de beneficiario, pues éste señaló que ya no está cobrando esa pensión. Ordenó a PORVENIR a pagar el retroactivo pensional indexado; autorizó a PORVENIR a realizar los descuentos a que haya lugar en favor del Sistema General en Salud sobre sumas que paguen como retroactivo y los valores que se cancelen como mesada pensional a la demandante, declaró no probada las excepciones, condenó en costas a PORVENIR y condenó a BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ a restituirle a la demandante el 50% de los valores que haya recibido como beneficiario en forma directa.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que conforme a las pruebas aportadas, las declaraciones extra proceso ratificadas en el proceso se logró demostrar el tiempo mínimo de convivencia requerido por la normatividad y jurisprudencia vigentes, precisando, frente a la tacha de los testigos que no tenía prosperidad dado que los testigos ofrecieron total credibilidad, por considerar que son personas que tuvieron relación directa con el causante y del vínculo que tenía con la demandante, de modo que la accionante acreditó la convivencia con el causante desde el año 1996 hasta el 1 de octubre de 2014, fecha en que falleció el causante, esto es, por un tiempo superior a 5 años, destacando que se acreditó la ayuda mutua, económica y asistencia de solidaridad. Señaló en cuanto al argumento de la convocada, que al llenarse el formulario de solicitud de la prestación se dejaron domicilios diferentes como residencia del causante y de la actora, pero que ello no desdibujaba la convivencia entre la demandante y el causante, precisando, antes del deceso del causante la actora tuvo que irse a vivir a Santa Lucia lugar donde residía para el año 2016 cuando solicitó la pensión y el lugar de residencia del causante y la demandante fue la misma, pero al no contar con los recursos para seguir cancelando el arriendo, se tuvo que ir a una habitación con su hijo, indicando que este hecho lo corroboraron los testigos al señalar que habían ayudado a la demandante con el pago de 1 mes de arriendo y con

los costos del traslado, toda vez que no contaba con los recursos suficientes, así mismo señaló que la demandante podía reclamar la pensión en cualquier tiempo, siendo entendible que lo haya hecho después por desconocimiento, y que por lo mismo, no aportó los documentos ante PORVENIR al momento de solicitar la prestación, concluyendo le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En lo que concierne al porcentaje de la prestación, señaló le correspondía el 50% y el otro 50% a su hijo Brayan David, indicando que cuando expire el derecho pensional de este último por el cumplimiento de la edad o por no cumplir con el requisito de escolaridad se acrecerá la mesada de la demandante en un 100%. No obstante, puso de presente que en la declaración rendida por el señor Brayan Mera Rodríguez manifestó no estar recibiendo mesada pensional, y, así mismo, la demandante señaló en su interrogatorio de parte que su hijo al cumplir los 18 años de edad hizo los papeles para poder cobrar por sí mismo la prestación; en este orden de ideas, concluyó la A quo, el hijo del causante recibió a través de su madre el 100% de su pensión, señalando con ello que, no podría imponer una doble condena a PORVENIR, considerando así que la condena era procedente a partir del momento en que Brayan David Mera perdió la calidad de beneficiario; en ese sentido, el 50% de la pensión desde el momento en que Brayan David cumplió los 18 años, debe ser restituido por éste, señalando que sólo quedó obligado PORVENIR a pagar el valor que corresponda desde el momento en que perdió la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que no se haya probaba, teniendo en cuenta que el causante falleció el 1° de octubre de 2014, la solicitud pensional se hizo el 24 de octubre de 2016 (fls. 70 a 75), y la demanda se presentó el 22 de agosto de 2017, evidenciado que entre una y otra fecha no trascurrió el termino trienal. Respecto de los intereses moratorios, argumentó no hay lugar a la mismos toda vez que la demandante adquirió la totalidad de su mesada en calidad de representante legal de su menor hijo en un 100%, pero que sí había lugar a la indexación respecto de las sumas que se deba de reconocer por retroactivo pensional a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de PORVENIR S.A. apeló argumentando que, hay una falta de valoración de las documentales obrantes dentro en el proceso, toda vez que la demandante desde el principio se presentó en su calidad de tutora y representante del hijo del causante y como madre, no como dependiente, compañera permanente del afiliado; señalando que la dependencia y convivencia que se alega no fue demostrada con los testimoniales por considerar que existió una falta

de apreciación de las pruebas obrantes y practicadas en el proceso, así como las declaraciones extra juicio, señalando que no fueron contestes respecto de la ratificación hecha por los testimonios. De otra parte, manifestó que al no comprobarse los hechos de la demanda no hay lugar a reconocimiento alguno de la pensión de sobrevivientes dadas las condiciones en las que la demandante alegó en su primera oportunidad, esto es, nunca alegó haber tenido convivencia alguna, reiterando que en el formulario de solicitud pensional se le requieren algunas preguntas respecto de la convivencia, sin que la misma dijera algo, de tal manera que no puede establecerse que la demandante para ese momento gozara de la calidad de compañera permanente y con ello, se desplieguen condenas a su favor. De otra parte, sostuvo que, aunque el despacho condenó al hijo de la demandante a que restituya esas sumas en un 50%, se debe adicionar, en caso de confirmarse la decisión, que esas sumas deben de ser restituidas de manera indexadas. Así mismo señala que no hay lugar a la indexación en cuanto a que PORVENIR S.A. reconoció al hijo del causante el 100% de la pensión.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión, solicitando se le absuelva de las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante FLOR ALBA RODRÍGUEZ GARCÍA acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor JOSÉ ALEXANDER MERA SÁNCHEZ.

CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor JOSÉ ALEXANDER MERA SÁNCHEZ acaeció el 01 de octubre del 2014 conforme al registro civil de defunción visible a folio 18, quien se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR, entidad que le concedió pensión de sobrevivientes a BRAYAN DAVID MERA RODRÍGUEZ según comunicación del 10 de marzo de 2015 (fls. 64 y 65), en cuantía igual al SMLMV y a partir del 1° de octubre de 2014. Lo anterior, pone de presente que se dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte del causante.

Así las cosas, para determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó «*el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado*», para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que «*no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional*».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

> «*…de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que* ***la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa***

por muerte del pensionado*; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (…)*

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003,* ***para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia****, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y* ***la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte****, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

(…)
Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la

> *muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto»*. <Resaltados fuera del texto>.

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, sino que, debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que se agregaron al proceso declaraciones extra proceso de los señores JOSÉ MARÍA MERA SÁNCHEZ, MARÍA ANTORIA BOHORQUEZ ACEVEDO y LORENZO DE JESÚS PORTILLA RUBIO, de los cuales se solicitó su ratificación por parte de la accionada, sin embargo, sólo los señores MERA SÁNCHEZ y PORTILLA RUBIO rindieron testimonio en el curso del proceso.

En ese orden, el primero de los mencionados explicó ser el suegro de la actora, es decir, el padre del fallecido, por ello fue tachado por la accionada. Sostuvo que la pareja vivió en unión libre desde el año 1995 o 1996, que fue el año en que lo llevó y le presentó a la señora FLOR ALBA, al lado de Bosa, donde la *distinguió*, que después se trasladaron al lado del barrio Bonanza cuando el falleció, en un apartamento, que él les dio para el traslado y que el apartamento era pequeño, además los visitaba cada mes o cada dos meses y el fallecido iba cada mes o cada 20 días donde él reside, en el Barrio Santa Librada. Refirió que la demandante estaba allá en dicho barrio, pero no tenía medios económicos, incluso él le ayudó con el trasteo, yéndose la actora y su hijo para el barrio Santa Lucia. Mencionó no tener conocimiento que la pareja se haya separado, y no le conoció otra cónyuge al causante, agregando que la demandante iba a visitarlo. Por otro lado, sostuvo que el finado tenía varios trabajos, que la señora

Flor Alba trabaja por días, precisando no tenía conocimiento de cómo se distribuían los gastos del hogar. Que el fallecido no tiene otro hijo, no sabe si la accionante tenga más hijos; que no hubo separación de la pareja y que al causante le dio un infarto, siendo la causa de muerte, lo cual *duró* un mes y tres días, indicando que quien lo veía era la señora FLOR ALBA y su nieto, además iba la mamá de él. Agregó que fue muy buena la relación de la pareja, eran una familia. Anotó que en este momento la demandante trabaja en casa de familias, ellos -madre e hijo- pagan arriendo.

Por su parte, el señor LORENZO DE JESÚS PORTILLA RUBIO, dijo conocer a la pareja, por casi 20 años, y a la demandante por intermedio del causante, cuando comenzaron a vivir los dos en el año 1996, que ellos vivían en Bosa unos 5 años, donde él también residía, lo cual le consta porque estuvo con ellos. Que ellos vivieron en el Restrepo 3 o 4 años, y por último en Bonanza, donde dice vivir el testigo hace 10 años. Que conoció la casa en Bonanza, indicando que era un apartamento normal, agregando que la señora demandante vivía con los hijos de ella, que eran tres (3) y en ese momento menores de edad; que vivió con el fallecido con quien después tuvo a su hijo Brayan. Hechos que le constan, porque estuvo cuando ellos se fueron a vivir, anotando que fue muy esporádicamente al barrio Restrepo porque estaba fuera de la ciudad. Posteriormente, mencionó que la pareja vivió junto a su hijo Brayan, que él siempre estuvo al lado de Alex, iba cada 8 días porque siempre estaban cerca. Indicó que la pareja nunca se separó, que el 1° de octubre de 2014 él murió de un paro cardiaco en la Clínica el Nogal, que estuvo muy pendiente de él, que había quedado en estado vegetativo desde el 28 de agosto. De igual modo, informó que el causante era quien sostenía el hogar, aunque la señora Flor Alba le ayudaba, agregando que con el causante eran como hermanos, con 20 años de amistad. Que el sepelio fue en la 68 con 38, asistieron los padres, los hermanos, que la mamá cubrió los gastos, lo cual tenía cubierto, por lo que pagó todos los gastos. De otro lado, señaló que la demandante vive *por los lados de Santa Lucia*, que desde que se murió el señor Mera le tocó irse para allá, porque no había como seguir pagando el arriendo, agregando que él le ayudó con un mes más de arriendo pero después no; de igual modo, mencionó que recuerda se hicieron *unas vueltas* para la pensión de Brayan, el hijo de la pareja, dado que él era menor de edad y era para cubrir sus gastos. Sostuvo que el causante siempre estuvo con la señora Flor Alba y que tenían los problemas normales que hay en un hogar.

De otra parte, rindió interrogatorio de parte el señor BRAYAN DAVID MERA RODRIGUEZ, vinculado como litis consorte necesario- e hijo del causante y la actora. Mencionó que al momento de fallecer su padre, vivían con él, que aunque no recuerda la dirección, sí vivieron en el barrio Bonanza, luego cuando él falleció se fueron al

Gustavo Restrepo con su mamá; que le otorgaron pensión de sobrevivientes, la cual destinaba para ayudas de la casa, de su estudio, pero que ya no se la dieron más por estar prestando el servicio militar, que la recibió desde el 2015 hasta el año pasado -2019- cuando terminó el bachillerato, porque ya era mayor de edad, pero en lo demás indicó que no se empaparon del asunto. Que se supone que cuando llenó la solicitud pensional, colocaron que la actora era la tutora porque él era menor de edad. Mencionó que vivieron los tres en Bosa, hasta el 2013 en el Gustavo Restrepo, luego en el barrio Bonanza donde se mudaron a una pieza los tres; que estudió en el Colegio Alejandro Obregón que queda en el Gustavo Restrepo, allá terminó bachillerato. Que su papá no tuvo más hijos, que no hubo otra persona, que su mamá tenía 3 hijos, que son mayores que él, y que tiene entendido que cuando estábamos pequeños vivían en Bosa. Que cuando su papá falleció se mudaron, pues su papá les ayudaba económicamente; que la pensión de él, la administró su mamá hasta sus 18 años, en el 2016, le pagaron directamente, solo un año, hasta que se graduó de bachiller en el 2018. De otro lado, señaló que sus padres trabajan los dos, su mamá trabajaba en una casa de familia y se dividían gastos y mantenían en la pieza. Que su padre falleció de un infarto, que estuvo hospitalizado desde el jueves 28 de agosto de 2014, que inicialmente lo atendieron en una clínica cerca en Bosa, luego en los nogales donde estuvo un mes y falleció; que estuvieron pendientes los dos, su madre y él; Lorenzo y su abuelo. Frente al interrogante de porque su mamá no reclamó la pensión de sobrevivientes, mencionó que ella decía que él era el hijo único, y luego le dijeron que sí le correspondía por vivir tanto tiempo con su papá.

Finalmente, la accionante FLOR ALBA GARCIA RODRIGUEZ, rindió interrogatorio de parte en el cual indicó que de pronto por un mal entendido, fue que se presentó como tutora de su hijo al momento de solicitar la pensión de sobrevivientes, que no le explicaron bien, y para ella, pensaba que eso le correspondía a su hijo, porque decían que eso era para sus hijos, que estaba mal asesorada. Indicó que ella cuando fue a pasar los papeles en ningún momento le dijeron que eso le correspondía, pues vivía con su esposo bajo el techo de él, quien era el que los sostenía. Insistió en que al momento de radicar los documentos no le dijeron nada, solo le dijeron que esa pensión le quedaba a su hijo. Que cuando el fallecimiento de su esposo, quedó confundida, que ese papel lo llenó su hija, la mayor, que no le prestó importancia porque pensó que esa pensión le correspondía a su hijo, no a ella. Mencionó que vivió en Bosa con el fallecido, de ahí pasaron al Restrepo y luego en Bonanza donde vivieron un año y luego en Santa Lucia. Que vivió con él 17 años. Frente al interrogante de porque colocó en el formulario una dirección distinta a la del fallecido y la de ella, mencionó que desde que él murió ha estado viviendo en otro apartamento; que se

enteró que tenía derecho por intermedio de vecinos y familiares, quienes le dijeron que le correspondía más no a su hijo, además sostuvo que su temor era que su hijo perdiera la pensión; que en el año 2016 llenó la solicitud y apeló a una abogada porque se suponía que eso estaba perdido, llevó los documentos de su suegro, la señora María Antonia y Lorenzo Portillo. De otro lado explicó que, dos días antes de que su *esposo* falleciera, sacaron sus cosas porque no tenía para pagar el arriendo y se fue a vivir a Santa Lucia, precisando que el señor Lorenzo Portillo le colaboró con el arriendo, por eso escribió tal dirección en el formulario; acotó que para ese tiempo su hijo tenía 15 años, la pensión se la entregaban a ella, por ser menor de edad, y hasta los 18 años le hizo los *traspasos*, que él en la actualidad tiene 20 años. Que vivieron en el Restrepo 11 años, luego se fueron para Bonanza 1 año; que en Bosa, en Santa Librada, en el norte vivía su suegro, quien los visitaba, esporádicamente, cada mes, con el hijo se veía muy seguido, además su suegro le dio *plata* para el trasteo.

Aunado lo anterior, encontramos que en las declaraciones juramentadas suscritas por los ya mencionados JOSÉ MARÍA MERA SÁNCHEZ y LORENZO DE JESÚS PORTILLA RUBIO, quienes ante las Notarías Diecisiete y Sesenta y Siete del Circulo de Bogotá, al unísono sostuvieron que les constaba que conocen de vista y trato a los señores JOSÉ ALEXANDER MERA y FLOR ALBA RODRÍGUEZ GARCÍA, quienes convivieron de forma permanente e ininterrumpida 18 años desde el 15 de enero de 1996 hasta el día que falleció el señor MERA el 1° de octubre de 2014. Que de dicha unión procrearon un hijo y que no tenían conocimiento de más hijos del obitado. Declaraciones que gozan y se les dará pleno merito probatorio, como quiera que fueron ratificadas en el proceso, no así, con la de la señora MARÍA ANTONIA BOHORQUEZ ACEVEDO. Advirtiéndose, la tacha presentada contra el señor MERA SÁNCHEZ no tiene vocación de prosperar en la medida que si era el padre del fallecido, en la valoración que se hace de su testimonio no se evidencia parcialización alguna en favor de los intereses de la señora demandante.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que la accionante sí convivió con el causante en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que la pareja convivió desde el año 1996 hasta el 1° de octubre de 2014, en virtud de la cual procrearon a un hijo, advirtiendo la sala que a dichas versiones que se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo,

modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte del pensionado; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata del padre del causante y un amigo cercano a la familia a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí demandante.

Ahora bien, se duele la AFP recurrente que la actora en un primer momento no haya solicitado la prestación para sí misma, sino en calidad de tutora y representante del hijo del causante, esto es, no como compañera permanente del afiliado, ante lo cual debe decirse que ello por sí sólo no es óbice para que el potencial beneficiario en otro momento lo haga, en la medida que la pensión por sobrevivencia se trata de un derecho de carácter irrenunciable el cual puede ser pedido en cualquier tiempo, de modo que el hecho que en aquella oportunidad (fls. 24 a 29), la hoy demandante no haya solicitado la pensión de sobrevivientes en su favor, tal vez por desconocimiento creyendo que sólo le correspondía a su hijo, se itera, ello no obsta para su aspiración posterior, siempre y cuando demuestre los requisitos que en calidad de beneficiaria exige la normativa vigente, como en efecto ocurrió a juicio de esta Sala.

En lo que refiere a la inconformidad presentada en torno a que los dineros que ordenó la a quo devolver por parte BRAYAN MERA a su madre, deban ser indexados, considera la Sala que no tiene legitimidad para tal solicitud como quiera la condena en nada perjudica los intereses de PORVENIR, es decir, no le asiste interés jurídico para elevar tal petición en la apelación, sino, eventualmente a la actora interesada en esos dineros que corresponden al 50% de las mesadas percibidas hasta que le expiró el derecho. Por tanto, se descartan los argumentos en ese sentido.

En lo que a la indexación ordenada respecto de las mesadas que adeuda PORVENIR desde el momento en que dejó de pagar la prestación al hijo de la actora, debe decirse que ello resulta procedente en la medida que al indexar el retroactivo se cumple con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano, por ello resulta procedente su condena en los términos indicados por el a quo.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado, por lo que no le asiste razón a la parte recurrente en sus apreciaciones al quedar plenamente demostrada la convivencia de la demandante en calidad de compañera permanente respecto del afiliado fallecido.

En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA GLORIA SERNA RODRIGUEZ contra RIESGOS LABORALES COLMENA S.A – COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA. Rad. 110013105-016-2018-00192-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida 05 de junio del 2020, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA GLORIA SERNA RODRIGUEZ** pretende se condené a RIESGOS LABORALES COLMENA S.A – COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA, a reconocer y pagar a su favor, la pensión de sobrevivientes desde el 17 de mayo de 2017, en calidad de madre del fallecido EDWARD DAGOBERTO ROMERO SERNA; el retroactivo debidamente indexado, las mesadas que se continúen causando hacia el futuro, junto con el pago de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas desde el reconocimiento de la pensión, lo ultra y extra petita, costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que su hijo EDWARD DAGOBERTO ROMERO SERNA falleció el día 17 de mayo de 2017 a causa de un accidente de trabajo estando al servicio de la empresa Centro de Desarrollo Tecnológico Minero Energético SAS, donde desempeñaba el cargo de Ingeniero Electrónico; por tal motivo, solicitó ante COLMENA SEGUROS el reconocimiento de la pensión de

sobrevivientes, sin embargo, la entidad resolvió tal requerimiento de manera negativa por considerar que la accionante no cumplió con el requisito de dependencia económica respecto de su hijo, indicando era pensionada por COLPENSIONES, y que el causante reportaba como beneficiaria a una posible compañera permanente. No obstante, informó que el causante era soltero y no tenía hijos, que desde su nacimiento hasta el momento de su muerte convivió con ella, quien además dependía económicamente del hoy fallecido, pues desde que cumplió la mayoría de edad se encargó de ayudarla económicamente con aportes mensuales, elementos de aseo, arriendo y transporte, adicionalmente le suministraba una suma mensual de $300.000; añadiendo, a partir del deceso no podido comprar las misma cantidad de alimentos y mercado por carecer de los recursos económicos, pues pese a tener una pensión, requería del auxilio recibido por parte del causante para subsistir de manera digna, máxime que la pensión percibida no es suficiente para sobrellevar una congrua subsistencia (fls. 49 a 58).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **ARL COLMENA SEGUROS S.A** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la demandante no acreditó la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivencia solicitada, en virtud de carecer del requisito de la dependencia económica respecto del causante. Formuló como excepciones de fondo, las de «Inexistencia de dependencia económica», «incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes», «buena fe» y «prescripción» (fls. 81 a 90).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 05 de junio de 2020, absolvió a la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia de dependencia económica y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a tal conclusión, expuso en síntesis, que en los términos del artículo 47, literal D, de la ley 100 de 1993, a falta de hijos, cónyuge o compañero permanente, serán beneficiarios los padres del causante, explicando frente a la dependencia económica requerida, no puede solicitarse la dependencia total, empero son los padres quienes deben demostrar que dependían económicamente de su hijo, siendo necesario acreditar que no es cualquier aporte, pues tal dependencia requiere que sin esta contribución del causante la subsistencia misma de los padres se vea comprometida. Advirtiendo así, que no era dable presumir la independencia económica de los padres, con el hecho que

tengan una propiedad o un ingreso como el salario mínimo legal mensual vigente. En tal medida, estimó según la valoración de las pruebas para el caso en cuestión, que la parte demandante no demostró la dependencia económica respecto de su hijo fallecido, ya que al analizar a los testigos, se basan en el dicho de la demandante, además no encontró probanzas en el proceso como consignaciones eficaces y constantes para ayudas a la familia, advirtiendo además, contradicciones con lo dicho en la demanda y lo testificado en audiencia por la demandante, tras argumentar que el causante pagaba el arriendo y ella no pagaba un canon de arrendamiento con anterioridad al fallecimiento del causante como lo manifestó en el interrogatorio de parte, así mismo manifiesto en el escrito de demanda que nunca realizó alguna actividad económica, lo que contradijo al manifestar las actividades económicas que realiza ocasionalmente con la venta de semovientes. Además, si bien afirmó que la pensión percibida no era suficiente para su subsistencia, no logró probarlo en el proceso, pues el auxilio al que hace referencia la demandante con la elaboración de los trabajos de compañeros de universidad por parte de EDWAR, fueron situaciones distantes al fallecimiento de este, siendo en la época del colegio, además no había prueba de ello dentro del proceso, como tampoco hay prueba de ingresos constantes en cuantías importantes y constantes, para predicar la dependencia económica, pues solo se adujo un contrato celebrado en el 2017 por prestación de servicios con fecha de terminación del mismo año, el cual sólo pudo ejecutarse durante 8 días previos a su muerte; además, sólo se manifestaban ingresos esporádicos y ocasionales, tal como daba cuenta las cotizaciones al sistema de seguridad social del causante, que eran de forma esporádica, cotizando los meses de agosto y septiembre de 2005, en diciembre del mismo año tan sólo 1 semana, y cotizando nuevamente hasta mayo 2017, días previos al accidente. De igual forma, señaló, la cuenta del banco BBVA aparecía en cero para la fecha del deceso, concluyendo así, no existía contundencia en la prueba frente a la dependencia económica.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, al considerar que sí se demostró la dependencia económica, que si bien los testigos SANDRA YANETH, CARLOS LOPEZ Y NELLY GOMEZ hablan de sucesos hasta el año 2014 hacía atrás los cuales se deben tener en cuenta, dado que demuestran que EDWARD comenzó su vida laboral en el año 2006, cuando tenía 14 años entrando a cumplir un papel fundamental para la familia. Que incluso, debe tenerse en cuenta lo dicho por la demandante, que cuenta todo el trasegar de vida del fallecido y de su familia; además resulta fundamental el testimonio de KHATERIN FIGUEROA sobre lo cual se debe soportar el fallo por parte del Tribunal, quien manifestó conocer a EDWARD con quien tuvo una relación sentimental de

novios, e indicó constarle que él nunca dejó de tener recursos económicos y de esa manera siempre le participó a su madre de una manera indispensable, necesaria para sostener ese hogar, por lo anterior solicita tener en cuenta este testimonio, ya que este da cuenta de los aportes que daba EDWARD a su madre. En suma, señaló que conforme a los testimonios podía establecerse que el causante siempre laboró y le ayudó a la demandante, que estudiaba y trabajaba desde años anteriores a su fallecimiento, incluso desde el bachillerato, de modo que cuando éste falleció la actora se vio descompensada económicamente, quien, si bien esporádicamente percibió algunos ingresos, esos no eran constantes y eran insuficientes para su sostenimiento, lo que se encuentra acreditado con los testimonios. Además, sostuvo hay pruebas documentales dentro del proceso que acreditan la dependencia económica de la actora respecto a su hijo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante MARTHA GLORIA SERNA RODRÍGUEZ acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de madre y dependiente económica de su hijo fallecido.

CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor EDWARD DAGOBERTO ROMERO SERNA falleció el 17 mayo de 2017, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 12 del plenario. Tampoco se discute que aquel dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es decir, que la controversia se habrá de zanjar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece en su literal d) que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexequible la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «*forma absoluta y total*» como se concibió inicialmente en la norma

antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al hijo fallecido[1].

Así pues, a voces del estudio de constitucionalidad hecho en la precitada sentencia, es imperioso reconocer la pensión de sobrevivientes a aquellos padres que a pesar de percibir ingresos adicionales o cualquier otro tipo de prestación económica del que sean titulares, estos no le garantizan una autosuficiencia económica en condiciones dignas; en consecuencia, estima la citada Corporación, que no se debe demostrar por parte de los beneficiarios progenitores del causante, «*una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica*».

De igual forma, agrega la Corte Constitucional, es menester considerar que dada la avanzada edad los padres, ello les imposibilita abrirse campo en el mercado laboral, y procurarse un empleo que les pueda proveer un mínimo existencial, o a pesar de generarse ingresos adicionales estos son tan ínfimos, que se encuentran subordinados a la protección económica que en parte le puedan brindar sus hijos. Es por esta razón, que el precedente constitucional exige que los otros recursos adicionales que pudieran tener los padres no les alcance para su subsistencia, la cual, según la Corte, debe satisfacerse en «*términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales*».

De esta forma, la subordinación o dependencia al auxilio que se recibe del hijo fallecido, debe determinarse atendiendo a las particularidades de la situación personal del beneficiario, y lo único que debe escudriñar el Juez, es que los posibles ingresos

[1] Sentencia C-111 de 2006.

adicionales no los haga autosuficientes económicamente, valga decir, que desaparezca el vínculo de sujeción a la ayuda pecuniaria del hijo. En este orden de ideas, en el plurimencionado pronunciamiento la Corte adoctrinó los criterios que se debían tener en cuenta para determinar si hay independencia económica por parte de los padres, al momento del fallecimiento del causante, los que se sintetizan así:

1) Que los recursos económicos diferentes al auxilio que reciben del hijo fallecido, no sean suficientes para que se cubran los gastos de subsistencia mínima y tener una vida digna;
2) El devengar un salario mínimo no determina la independencia económica.
3) «*No constituye independencia económica recibir otra prestación*[2]*. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993*[3]*»*.
4) No se desvirtúa la dependencia económica por el simple hecho que el beneficiario perciba una suma dineraria mensual o ingreso adicional.
5) Los ingresos adicionales deben ser permanentes y suficientes.
6) El hecho de tener propiedad sobre un inmueble, tampoco rompe la subordinación económica.

De igual manera, el Alto Tribunal de esta especialidad en sentencia SL4103 del 2 de marzo de 2016, ha enfatizado que la dependencia económica debe tener las siguientes características: (i) la ayuda que suministraba el causante debía ser *«significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida»*; (ii) tiene que ser «*relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos»*; (iii) y si los padres devengan otros ingresos, se hace imperioso establecer «*si no eran suficientes, y si en efecto se estaba en presencia de una subordinación respecto del hijo»*.

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los testimonios de KATHERIN YULIETH FIGUEROA BUITRAGO, SANDRA YANETH FERRARO MARIÑO, CARLOS LÓPEZ HARNACHEZ, NELLY GOMEZ CHAPARRO. La primera de ellas, quien dijo haber sido la novia en vida del causante, que convivio con él 3 meses, pero sin precisar la fecha, aunque luego indicó que fue del año 2016 a 2017 y que vivieron en el Municipio de

[2] Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[3] Dispone la norma en cita: *«Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez»*

Quetame -Cundinamarca. Indicó, para la época en que el causante falleció, 17 de mayo de 2017, aun eran novios, pero no convivían, ella vivía en Sogamoso y él en Bogotá. Sobre el interrogante de si sabía cuáles eran sus gastos, cómo era la economía de él, o en que invertía su dinero, explicó que él se preocupaba más por su madre y su hermana, sus gastos eran ayudarle a su mamá, en el arriendo, servicios, alimentación y en lo que ella más necesitaba, así que suplía primero las necesidades de ellas; agregó que a él en el trabajo le daban alimentación y en cuanto a la vivienda señaló que *«fue escasamente que compartió antes de fallecer, él compartió fue como en un hotel»*. Mencionó que sabía que *«en el último trabajo le pagaban $1.500.00 sino estoy mal o $2.000.000»*. Se le preguntó si conocía la situación social y económica de la señora Martha Serna en mayo de 2017, cuando falleció su hijo, a lo que expuso, que fue «*terrible porque ella tuvo que poner abogados por lo de su hijo… ella se tuvo que endeudar o está endeudada sino estoy mal… que ella era una mujer dedicada a su hogar, ella tiene una pensión del salario mínimo, vivía de sus hijos Jackelin y Edward»,* quienes le colaboraban, que el hijo EDWARD se rebuscaba para sacar adelante a su familia; que sus gastos los sufragaba de su pensión y de sus hijos, quienes trabajaban en *cosas*. Que Edward le daba de $300.000 a $350.000 mensuales, si podía un poco más; que era muy rara vez, pero a veces se veían y la acompañaba a retirar, además su hijo le dejó una tarjeta a su mamá por si alguna emergencia. Que la empresa le consignaba y ella tenía la tarjeta para retirar el dinero. Sobre si alguna le envió con ella alguna suma de dinero a la señora Martha, manifestó que si, porque a veces él le enviaba para que le diera la plata a la mamá, porque la señora MARTHA no podía retirar, que eran sumas de aproximadamente $200.000, aunque era raro, sucedía unas 5 veces al año más o menos. Que cuando ella lo conoció, él estaba terminando sus estudios y trabajaba de mesero en un asadero, donde ganaba aproximadamente $40.000 más propinas, que al mes eran de $150.000 a $200.000, de eso se lo daba a su mama para pagar los servicios. De igual modo, señaló que el causante trabajaba haciendo trabajos en la universidad, tanto para sus compañeros como fuera de la misma, y para estudiantes de grado 11 de colegios y parte de la remuneración por estos trabajos se la daba a la señora MARTHA, que de todos esos trabajos eran entre $200.000 a $300.000, que eso fue para el año 2014. Que él estuvo en la fuerza aérea, donde él tenía su salario, y también hacia trabajos adicionales para ingenieros, capitanes… que él de eso le daba una suma a la mamá, lo cual sabe porque cada 8 o 15 días lo visitaban y le daba aproximadamente unos $400.000. Que después de salir de la fuerza aérea se fue a trabajar para Computadores Para Educar en Santander de 5 a 4 meses, que el total de ese contrato fue de 7 a 8 millones, de los cuales le daba un porcentaje a su mamá, luego ingresó a la empresa donde tuvo el accidente. Reiteró que el finado le ayudaba a su madre a pagar el arriendo, los mercados, ropa y citas médicas; que el causante era quien más le

ayudaba y ahora se ha visto en la obligación de pedir dinero prestado, porque el dinero de su pensión no le alcanza. Agregando que esa ayuda era muy importante del 100% un 90%, porque el salario mínimo a ella no le alcanzaba pues debía responder por sus otras 2 hijas y su arriendo. Sobre los gastos de la demandante, mencionó que eran el arriendo, los dos hijos, pese a que una de ellas devengaba sueldo, pues no le alcanzaba para los gastos, además la señora MARTHA le ayudaba con la ropa y con su universidad, además con el pago del arriendo que lo hacía EDWARD. Frente a los gastos que tenían en el tiempo que vivieron juntos, sostuvo que aproximadamente eran de $500.000. Explicó que el pago que recibía no era mensual, pues todo el contrato era por $7.000.000, que en promedio al mes le giraban 2 o 3 millones, y a la señora Martha le enviaba unos $300.000 a $400.000.

La testigo SANDRA YANETH FERRARO MARIÑO, manifestó conocer a la demandante hace 14 años, porque trabajó con la hija mayor de esta en una empresa que vende libros, no obstante, puso de presente que para el 2017 ya no tenía tanto contacto con la accionante; frente a la situación económica de la demandante para la época del fallecimiento del causante, sostuvo que con la hija mayor de la actora comentaba mucho y que ésta le ayudaba cuando podía, sin embargo era EDWARD quien más le ayudaba con los gastos de la casa, porque su otra hija tenía 2 hijos. Manifestó a raíz del fallecimiento, si tuvo una afectación económica, pues era EDWARD quien le colaboraba con los gastos de la casa. No recuerda cuando se graduó el causante, sabe que trabajó en un restaurante chino y también estuvo en la aviación estudiando y le consignaba para los gastos. De otro lado, frente a la pregunta de cómo era la manera en que el causante ayudaba la actora, mencionó que Liliana la hija mayor de la señora Martha le contaba que EDWARD le consignaba para sus gastos, que él tejía muebles en el negocio de don CARLOS, uno de los testigos, pero que eso fue mucho antes de fallecer, siete años, y ella lo veía en algunas ocasiones, cuando llevaba para su casa a terminar sus labores durante aproximadamente 2 o 3 años, agregó que el pago era por tareas realizadas, y que toda su remuneración era para los gastos de su casa, pues en ese tiempo ellos vivían en arriendo; de igual manera indicó que no conoce propiedades de la demandante. Frente al interrogante de cuál de los hijos era el que más aportaba una suma significativa a la mamá, indicó que las hijas no podían, y que era EDWARD quien más colaboraba; que para la el momento de la muerte del causante sabía que él estaba trabajando, pues así se lo dijo la hermana Liliana y enviaba dinero a su madre. Mencionó le constaba la ayuda porque doña Martha no estaba trabajando y las necesidades las cubría el fallecido, que ella vio a EDWARD en ocasiones dándole dinero a la señora MARTHA en físico, y conocía de las consignaciones que este hacía. Que para mayo de 2017 ella vivía con EDWARD; que siempre vivió con ella, en Toca, Paipa,

Duitama, además en Bogotá cuando estaba trabajando. Que la otra hija JACKELIN, solo estudiaba y no trabajaba. Que los gastos de la señora MARTHA, eran los normales, el arriendo, los gastos del estudio de sus hijos, la alimentación, las deudas de los bancos, aunque no sabe cuáles eran los gastos de la actora en ese tiempo, cuando fallece el causante.

Por su parte el testimonio de CARLOS LÓPEZ ARNACHEZ indicó conocer a la señora MARTHA desde el año 2008, pues vivía a una casa de donde él vive; que cuando la conoció vivía con EDWARD, LILIANA y otra hija de quien no recuerda el nombre, manifiesta que cuando los conoció, los hijos de la señora MARTHA estudiaban y que EDWARD llegó a su negocio pidiéndole trabajo para sus horas libres, este trabajo consistía en tejer mecedoras y cómo vivían cerca, le llevaba los muebles a su casa, trabajó desde 2008 hasta principios de 2014. Para después del 2014 no tuvo mayor cercanía con la señora MARTHA, aunque sí han tenido contacto. Que, en su última época de vida, el causante trabajaba con una empresa, donde tuvo un accidente, de lo cual se enteró porque una amiga de doña MARTHA le avisó, además asistió a las exequias en Sogamoso; frente a la economía de la señora MARTHA antes de la muerte de su hijo, comentó que EDWARD le colaboraba, pues nunca vio a la señora MARTHA trabajar, ya que su sustento era del dinero que le daba su hijo, una parte, que se imagina que ella trabajaba también. Que para el año 2016 él estaba en la Fuerza Aérea donde doña Martha se endeudó, lo cual sabe porque ella una vez se lo comentó. Recordó que para los años 2008 a 2014, le pagaba entre 480.000 a $350.000**,** que el dinero que este ganaba era para los gatos de la casa, como arriendo servicios y alimentación. Declaró que conocía y sabía que a veces tenía dificultades económicas, que la señora MARTHA para abril y mayo del año 2017, vivía sola, porque EDWARD estaba trabajando en Santander. Que para abril y mayo de 2017, ella estaba sola prácticamente, que las hijas cuando estaban estudiando vivían junto a ella para el año 2008, Precisó que la actora tiene una pensión, la cual no le alcanzaba al menos para ese año, y para el 2017 ya los hijos no estaban con ella, enfatizando que los préstamos que ella tenía lo pagaban en conjunto con EDWARD, manifestó que el dinero era enviado por giros directamente a ella. No le consta si las otras hijas le colaboraban.

Por su parte, la señora NELLY GOMEZ CHAPARRO declaró que conoce a la señora MARTHA porque le arrendó un apartamento hace 10 años, durante 5 años, desde el 2010, hasta el año 2014 donde ella vivía con 2 hijas y un hijo, luego se fueron de allí, porque sus hijos terminaron de estudiar y la señora MARTHA se mudó a una habitación. Mencionó que, mientras el causante estuvo en la universidad, trabajaba ayudando a otros estudiantes de la universidad, también en un restaurante, que no tiene conocimiento sobre el fallecimiento porque se encontraba viviendo en

Villavicencio para principios de 2015, esto lo supo dos meses después del fallecimiento. Refiriendo así, que eventualmente mantenía contacto telefónico con la señora MARTHA, manifestando que esta pagaba el arriendo, y los hijos trabajaban para ayudarle con los gastos. Enfatizó que EDWARD era quien le daba lo del arriendo con lo que trabajaba. Se le interrogó, sobre si sabía de dónde obtenía la señora MARTHA los recursos económicos, ante lo cual contestó que la señora MARTHA le comentó que tenía una pensión; además señaló que no le consta donde vivía la señora MARTHA para el momento del fallecimiento de EDWARD, así como tampoco le consta si para el año 2017 esta se encontraba trabajando, pues vivía en otra ciudad y que mediante comunicación telefónica la accionante le comentó que EDWARD le iba a colaborar con los gastos.

De igual modo, la demandante rindió interrogatorio de parte en el cual relató que su hijo comenzó a laborar entre los 13 o 14 años debido a las dificultades económicas en su casa, aportando para la alimentación y el arriendo, sus ingresos eran por dar clases a sus compañeros de universidad o haciendo sillas con uno de sus vecinos, posteriormente laboró con la empresa TESAMERICA donde devengaba $1.500.000. Después ingreso a la Fuerza Aérea en el año 2015, lugar en el cual el médico anestesiólogo le encomienda la elaboración de un dispositivo similar a un marcapasos, por el que le pagó $3.800.000, también ayudaba con el mantenimiento de computadores, por lo que recibía de $100.000 a $300.000 adicionales a la mensualidad de $60.000 que les daba para elementos de aseo. Indicó, esos dineros se los consignaban a una cuenta de ahorros, ella tenía una tarjeta para poder retirar dinero en cualquier momento. Que a finales del año 2016 le manifestó sus deseos de hacer la carrera oficial, para lo cual ella solicitó un préstamo con el BANCO AGRARIO, ULTRASAN Y BANCO POPULAR; que tiempo después laboró con ASOANDES por un periodo de 95 días, devengando por concepto de viáticos $2.000.000, más $7.800.000. Una vez culminó este contrato, regresó a trabajar a TESAMERICA en abril de 2017 con un contrato de trabajo. Que para los gastos universitarios de su hijo, tiene una pensión mínima, además contaba con la ayuda de su hijo EDWARD, quien desde el tercer semestre de universidad, a sus 16 años aportaba con los gastos de la casa, siendo estos salud, alimentación y vestuario, ya que fue becado en la universidad. Qué para acreditar su capacidad de pago, hacía libranzas con su pensión, además, tenía un amigo que trabajaba en el campo que le ayudó para el crédito con EL BANCO AGRARIO, por otro lado con el banco popular le aceptaron el préstamo con su pensión y con ULTRASAN informó que la pensión le daba para ese capital de hasta 3 o 4 millones; que para los dos últimos meses de vida, el causante vivía junto con su hermano, en una casa ubicada en Santa Fe Norte, propiedad de una amiga suya en la que pagaba $250.000 de arriendo más servicios. Para mayo del 2017, ella vivía en Sogamoso, en la casa de una

media hermana, agregó que ella paga los impuestos y los servicios, y que además se hacía cargo de su nieta y que un hermano que vivía en Estados Unidos le prestaba dinero, aunque este falleció hace 3 años, dinero este que debe pagarlo a sus sobrinos, en una suma cercana a los $4.000.000. Agregó que en casa de su hermana los servicios de agua, luz y gas eran cerca de $150.000 mensuales más el pago de 4 años de impuestos. De igual modo dijo haber conocido a KATHERIN YULIETH FIGUEROA BUITRAGO el año 2013, porque fue novia de su hijo por 3 años y medio hasta la fecha en la que falleció, aclarando que no vivió con él en Bogotá, pues ellos fueron novios y ella estudiaba en Sogamoso. Manifestó que, para abril de 2017, su hija mayor no le daba dinero porque tenía su propia familia, sin embargo, su otra hija sí, pero el mayor ingreso lo hacia su hijo, de $300.000 a $350.000 mensuales; su hija menor, para el 2017 ganaba entre $12.000 a $15.000 diarios, trabajando de viernes a domingo. Que los mercados para el año 2017 eran de $100.000 mensuales, más la cuota del crédito con el BANCO AGRARIO de $2.700.000, y adicional a esto un seguro de vida por $60.000 e intereses de $300.000 a $350.000. Manifestó que para abril y mayo de 2017 aunque no ejercía actividad económica alguna, los días martes ofrecía terneros de un amigo en el mercado de Sogamoso, y eventualmente cuidaba parcelas de cultivos, señaló que en promedio los ingresos mensuales por esas actividades, era entre $250.000 a $300.000.

Como pruebas documentales se aportaron de folios 19 a 48 relacionadas con un contrato de prestación de servicios que celebró el fallecido con la ASOCIACIÓN ANDES 15 de febrero de 2017, certificación de cuenta bancaria del Banco Agrario, a nombre del obitado del 13 de febrero de 2017 con antigüedad cero años, extractos bancarios de dicha entidad y de los bancos BBVA y Bancolombia, copia de contrato de arrendamiento de vivienda urbana celebrado entre NELLY GÓMEZ CHAPARRO y la accionante el 02 de febrero de 2010 por dos años, certificaciones expedidas por ROCH ELECTRÓNICOS y CDT MINERAL que dan cuenta de dos ventas de sistemas electrónicos a las mismas por parte del causante.

Bajo este panorama probatorio, las declaraciones anteriores, si bien se les asigna pleno valor probatorio, lo cierto es que lo dicho por estos, en sentir de la Sala no informan con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar del conocimiento de los hechos, sumado a que las afirmaciones fueron genéricas y no permiten determinar con claridad y precisión, cuál fue el nivel de ayuda económica ofrecido por el fallecido en relación con su madre.

En efecto, la valoración probatoria integral que se resalta del expediente, no permite evidenciar cuál fue el nivel de ayuda de su hijo fallecido para su sostenimiento,

advirtiendo que si bien, respecto de éstos beneficiarios la jurisprudencia ha determinado que la ayuda no debe ser total y absoluta, citando a modo de ejemplo la sentencia SL 6558 de 2017, lo cierto es que debe acreditarse la ocurrencia de ése hecho, para así poder verificar su habitualidad, así como otros elementos que no dejen duda respecto del suministro económico del cual pueda afirmarse la asistencia económica que dé lugar al reconocimiento de la prestación, aspecto que como se indicó en precedencia, no fue suficientemente acreditado al plenario, carga probatoria que corría a su cargo, desde luego que la prueba testimonial en su mayoría, corresponden a testigos de oídas que nunca tuvieron conocimiento directo del monto ni de la periodicidad del mismo, por lo menos en la época del fallecimiento, tal como se desprende específicamente de lo depuesto por los señores SANDRA YANETH FERRARO MARIÑO, CARLOS LÓPEZ ARNACHEZ y NELLY GOMEZ CHAPARRO, a quienes les consta lo dicho ya sea por la hermana del fallecido o de la demandante.

Adicional a lo ya expuesto, debe advertirse que contrario a lo que aduce el recurrente, la Sala no puede cimentar la dependencia económica en lo dicho por la señora KATHERIN YULIETH FIGUEROA, no sólo porque ésta incurre en serias contradicciones en torno a la forma en que su novio fallecido le prodigaba ayuda a su madre, pues claramente las reglas de la experiencia indican que un hijo en condiciones normales no le entrega el 90% de lo que produce a su progenitora, lo cual entra en plena contradicción cuando señala que su hijo le daba de $300.000 a $350.000 mensuales, si podía un poco más, cuando dijo que en su último trabajo por ejemplo, ganaba entre $1.500.00 a $2.000.000, aspecto este que también le resta credibilidad pues el causante apenas inició labores con TES AMERICA 08 de mayo de 2017 y se retiró el 17 de mayo cuando ocurrió su deceso (fl. 18), no resultando creíble lo dicho entorno a que la empresa le consignaba y ella tenía la tarjeta para retirar el dinero, pues es evidente que ello no se había producido aun, o a al menos no se prueba en el proceso. Estas incongruencias impiden asignarle plena credibilidad a su testimonio, lo que se evidencia de ello es una parcialidad que no permite tener, sólo con el dicho de ella, la dependencia económica que determine el reconocimiento de la obligación. Desde luego que la prueba documental tampoco permite demostrar la aludida dependencia, verbigracia los estados o extractos de cuenta si bien dan cuenta de algunos movimientos en las cuentas de ahorro del causante, no permiten establecer si el dinero retirado era para sufragar los gastos propios o los de su progenitora, por lo que, por sí solos no demuestran tampoco la cantidad y periodicidad de la ayuda económica que la actora percibía de su fallecido hijo, porque si bien puede vislumbrarse alguna ayuda eventual ella no tiene la entidad para determinar que existiese una subordinación económica entre madre e hijo.

Las situaciones expuestas, demuestran que la decisión de primer grado se ajustó al análisis legal y probatorio, del cual no se evidencia el cumplimiento de los requisitos exigidos por la demandante para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes invocada, y en consecuencia se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO.- Sin Costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OMAR ZAPATA LOAIZA contra LEOGRAF IMPRESIONES S.A.S EN LIQUIDACIÓN. Rad. 110013105-008-2018-00334-01.

Con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del actor contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **OMAR ZAPATA LOAIZA** pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada LEOGRAF IMPRESIONES S.A.S., hoy en liquidación, entre el 09 de febrero de 2006 hasta el 16 de septiembre de 2016, así mismo se declare que dicho contrato de trabajo se dio por terminado sin justa causa y de manera unilateral por parte de la empresa, por lo anterior, se declare que la demandada no liquidó ni pagó en legal forma las cesantías, al no cancelarlas en su totalidad, por tanto, debe efectuarse el reajuste de las mismas, y el pago de los intereses, así mismo se declare que el demandante tenía derecho a recibir el cien por ciento de la indemnización por despido sin justa causa y no el cincuenta por ciento que se liquidó a la fecha del despido, igualmente se declare que la sociedad LEOGRAF IMPRESIONES S.A.S en liquidación, ha incurrido en la violación al artículo 65 de C.S.T. al no reconocer y pagar de manera completa las prestaciones sociales, como cesantías e intereses de las mismas, al momento del despido sin justa causa, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las cesantías junto con sus intereses por todo

el tiempo de relación laboral, así como del pago de la indemnización por despido sin justa causa de manera completa, en igual medida, se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, como de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró al servicio de la demandada mediante contrato a término indefinido, desde el 09 de febrero de 2006, hasta el día 16 de septiembre del 2016, fecha en la que fue cancelado su contrato de trabajo sin justa causa, indicó que con anterioridad a la fecha que se indica como iniciación del contrato, ya existía una relación contractual mediante contrato a término fijo, inferior a un año, hasta que después de varios años según la misma ley laboral, la empresa tuvo que convertirlo en uno a término indefinido, explicó que la terminación de su relación laboral fue sin justa causa y de manera unilateral, toda vez que no se le comunicó por escrito, razón por la cual, desconocía de la liquidación siendo informado hasta el 11 de septiembre de 2016, pese a que fue declarada disuelta y en estado de liquidación el 11 de agosto de 2016. Señaló que desconoce si el Ministerio de Trabajo autorizó de manera expresa a la demandada al despido masivo de trabajadores. Agregó que el 16 de septiembre de 2016, la empresa LEOGRAF IMPRESIONES SAS le entregó por concepto de liquidación la suma de $4.960.358 sin especificar que clase, ni porque tiempo es la indemnización liquidada, como tampoco especificó ni detalló en forma clara lo relacionado con las cesantías e intereses de las mismas y vacaciones, razón por la cual, consideró que la empresa debe reliquidar en debida forma dichas prestaciones sociales y pagar el reajuste, con base en el salario base de liquidación. Concluyó indicando, que acudió a la acción de tutela, como consecuencia de esta el Juzgado 30 Civil Municipal con fecha del 11 de enero de 2017, resolvió conceder el amparo invocado y ordenó a la demandada responder el derecho de petición invocado, no obstante, no se obtuvo respuesta (fls. 02 a 8 y 31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 25 de noviembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de LEOGRAF IMPRESIONES S.A.S., pese a haberse notificado de la misma en debida forma (Fls. 44 y 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 20 de agosto de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a terminó indefinido entre el señor OMAR ZAPATA LOAIZA y LEOGRAF IMPRESIONES SAS en liquidación, desde el 09 de febrero de 2006 hasta el 16 de septiembre de

2016. absolvió a LEOGRAF IMPRESIONES SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que no había discusión en torno al contrato de trabajo que unió a las partes; frente al despido sin justa causa, consideró que el demandante no cumplió con la carga de demostrar el hecho del despido, pues no existe documental que evidencie cual fue la causa que originó el mismo, por lo que no era posible valorar si fue por justa causa o no. En cuanto a las prestaciones sociales no canceladas durante la vinculación laboral, advirtió que en el interrogatorio de parte el demandante confesó que la demanda canceló año a año los rubros por cesantías, intereses de estas y demás prestaciones sociales resultando entonces improcedente tal condena. Respecto de la pretensión del pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, anotó que no se encontró omisión en el pago de salarios o prestaciones sociales, reiterando que en el interrogatorio de parte el actor confesó haber recibido el pago de salarios y prestaciones sociales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la parte actora, establecer la procedencia o no del pago de las cesantías e intereses a las cesantías en los términos solicitados en la demanda, así como la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, en primera medida, no es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 09 de febrero de 2006 y el 16 de septiembre de 2016, según se desprende de la certificación obrante a folio 18 del plenario, el contrato aportado a folios 12 a 14 y la liquidación de prestaciones sociales que obra a folio 15, tampoco constituyen objeto de debate el cargo y salario devengado en la aludida constancia.

Establecido lo anterior y con el ánimo de efectuar un mejor proveer, se revisará inicialmente lo relacionado con la indemnización por despido sin justa causa, sobre

la cual, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la misma, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Con base a lo anterior, se tiene que, en el presente asunto, la parte actora no probó el hecho del despido, no aportó al plenario cuales fueron las causas por las que finiquitó el vínculo contractual, razón por la cual de entrada no es posible determinar si hay lugar establecer la sanción que se reclama por despido sin causa justa. En todo caso, se advierte de la liquidación de prestaciones sociales que al demandante sí se le pagó la indemnización que ahora reclama, y así lo aceptó el accionante en su declaración de parte, lo cual eventualmente pudo ser en virtud de lo consagrado en el artículo 64 del CST, haciendo uso de la cláusula resolutoria de la que están investidos todos los contratos de trabajo de manera implícita, de modo que tal norma autoriza el finiquito laboral, con el pago de la correspondiente indemnización, por lo tanto, se debe confirmar la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

En lo que respecta con la solicitud de pago y/o reajuste de las cesantías e intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado, encuentra la Sala que no tiene vocación de prosperar toda vez que, el mismo accionante en su declaración de parte admitió que la accionada sí se las consignó al fondo respectivo en cada año que laboró, agregando el actor que su único propósito con la demanda era el pago de la indemnización por despido sin justa causa, y adicionalmente, encuentra la Sala que en la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 15) se le cancelaron las cesantías definitivas. Aspectos que, de igual modo, descartan la eventual sanción al empleador en los términos del artículo 65 del CST, tal y como lo concluyó la Juez a quo.

Luego, entonces, al no tener vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, sin necesidad de mayores disquisiciones se confirmará la sentencia consultada por encontrarse ajustada a derecho.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

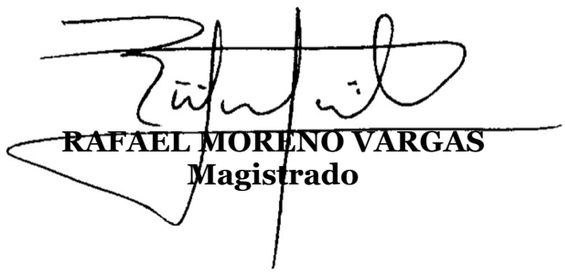
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

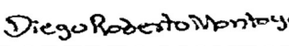
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE MANUEL ORTIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Rad. 1100131-05-038-2019-00193-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **JOSE MANUEL ORTIZ,** presente se condene a la accionada a reconocer y pagar pensión de invalidez en los términos de la Ley 860 de 2003, a partir del 29 de marzo de 2006, fecha de estructuración de la invalidez; se condene al pago de las sumas por mesadas pensionales que resulten reconocidas desde la fecha de estructuración en forma retroactiva e indexada, además del pago de los intereses por mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, índico que nació el 15 de febrero de 1950; que mediante dictamen de calificación emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el 01 de agosto de 2006 señaló que tenía una pérdida de capacidad laboral equivalente al 61.60% de origen no profesional y la fecha de estructuración corresponde al 17 de marzo de 2006; que el 11 de octubre de 2006 Salud Total, remitió oficio al ISS informando sobre el resultado del proceso de calificación de invalidez; que el 26 de agosto de 2010 radicó ante el ISS solicitud de

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual mediante Resolución No. 042821 de 2011 el ISS negó la pretensión porque el aquí demandante cotizó 105 semanas al sistema general de pensiones, pero que ninguna de las semanas fue cotizada en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; que de acuerdo con la historia laboral expedida por el ISS, el 14 de junio de 2006, el accionante tuvo vinculación laboral con los empleadores Asoc de Transp GYG Asociados Nit. 830080904 y con Ases Jurídicas Especializadas Nit. 830100434, dentro de las cuales se observa que tuvo calidad de trabajador dependiente desde el periodo 2003-11 al 2004-05, con el empleador Asoc de Transp GYG Asociados y del 2004-06 al 2005-05 a cargo de Ases Jurídicas Especializadas, para un total de 315 días equivalente a 45 semanas dentro de los 3 años previos a la fecha de estructuración y advierte que Ases Jurídicas Especializadas, presenta omisión en el pago para los periodos de 2004-10, 2005-01, 2006-02, 2005-03 y 2005-04 presentando mora de 21.45 semanas a favor del demandante como consta en certificado de SaludCoop en el cual evidencia que el empleador hizo pagos a salud por los mencionados periodos, así las cosas, indica que cotizó al sistema general de pensiones 66.45 semanas dentro de los tres años previos a la fecha de estructuración y no cero (0) semanas como lo afirmó el ISS en su resolución (Fls. 1 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que conforme a historial laboral actualizada al 03 de mayo de 2019, dentro de los tres años previos a la fecha de estructuración, el demandante no realizó cotizaciones, lo que indica que el actor no acreditó el requisito para el reconocimiento pretendido por lo cual Colpensiones no erró al negar la pensión, pues se ajusta a los lineamientos legales. Propuso como excepciones «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 25 a 34).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de julio de 2020, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal conclusión, consideró en síntesis el a quo luego de advertir la condición de invalidez del demandante, que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas por actor, dentro del 28 de marzo del 2003 y del 29 marzo de 2006, esto es,

tres años anteriores a la fecha de estructuración a la invalidez no se acreditaron cotizaciones, razón por la cual no había lugar a la prosperidad de las pretensiones incoadas. Con relación a las cotizaciones mencionadas en la demanda, sostuvo que la información a que hace alusión la parte actora corresponde al documento denominado «*Relación de novedades Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual*», expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nomina de Pensionados del Seguro Social en el cual se acredita un total de 45 semanas sin que, con ello se cumpla con el presupuesto de las 50 semanas, señalando que dada la información parcializada que presenta el expediente administrativo correspondía a la parte actora acreditar la existencia de las vinculaciones laborales a las que se aduce en el libelo introductorio con las dos empresas y determinar así, si el ISS en su momento incurrió en mora en el cobro de eventuales cotizaciones que podrían ser eventualmente tenidas en cuenta para estructurar el derecho a la pensión de invalidez que se reclama. Con lo anterior, señaló no obrar prueba idónea con fundamento en la cual se pueda determinar que efectivamente el accionante desarrolló una verdadera relación contractual laboral con las mencionadas empresas de manera ininterrumpida por tiempos superiores a los reportados que le permitan completar la densidad de las 50 semanas de cotización en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que dentro de las pruebas aportadas al proceso y para poder establecer los extremos laborales del demandante y contrarrestar las inconsistencias que presenta por parte del recaudo del ISS, se aportó certificado de la EPS Saludcoop que evidencia los aportes que hicieron los empleadores para los mismos periodos que aparecen en cero en la historia laboral expedida por el ISS, solicita se tenga como prueba idónea y valida a fin de determinar los extremos laborales y también poder establecer que dentro de los periodos que aparece en cero estaba en cabeza del operador pensional requerir el pago a los empleadores, pues tenían la obligación de establecer que efectivamente los empleadores estuvieran cumpliendo con el deber de reportar los aportes a seguridad social.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, la primera solicitando la revocatoria de la sentencia en similares términos a los explicados en la apelación y a contario sensu la accionada, en procura de la confirmación de la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez en los términos solicitados en la demanda.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no existe controversia alguna frente a la condición de invalido que ostenta el señor JOSÉ MANUEL ORTÍZ, lo cual se corrobora con el documento que obra de folios 11 a 13, en el cual se consigna que la Junta Regional de Calificación de Invalidez -JRCI de Bogotá D.C. y Cundinamarca le determinó una pérdida de capacidad laboral del 61.60%, de origen - enfermedad común y con fecha de estructuración 17 de marzo de 2006, tampoco el hecho que el origen de la calificación es de origen común, pues así se admite desde que se trabó la litis.

Lo anterior permite determinar que el régimen legal aplicable para la fecha de su invalidez según la norma vigente es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma que exigía para dejar acreditado el derecho haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años, esto es entre el 17 marzo de 2003 y el 17 de marzo de 2006, requisito que en principio no cumple el señor JOSÉ MANUEL ORTÍZ, pues entre ese lapso de tiempo de acuerdo a la historia laboral aportada tanto en la demanda como en el expediente administrativo por parte de COLPENSIONES (fls. 18 y 135) sólo registra un total de 45.57 semanas, por lo que se concluye que con la disposición legal aplicable no cumple el requisito para acceder a la prestación invocada, tal como lo definió la entidad accionada en las resoluciones 042821 del 18 de noviembre de 2011, GNR 169477 del 03 de julio de 2013 y VPB 22607 del 27 de noviembre de 2014, aunque con la aclaración que en esos actos administrativos no se tuvieron en cuenta ninguno de esos tiempos (fl. 135 Exp. Administrativo magnético).

Ahora bien, sostiene la parte recurrente que sí cotizó las semanas requeridas al sostener que el demandante sí laboró y efectuó aportes suficientes para alcanzar la prestación, para lo cual sostiene que se aportó certificado de la EPS SALUDCOOP, el cual a su juicio, evidencia los aportes que hicieron los empleadores para los mismos periodos que aparecen en cero en la historia laboral expedida por el ISS, dejando entrever una posible mora patronal.

Sobre este último aspecto, de precisarse de manera preliminar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En el caso sub examine, advierte la sala, como se indicó en precedencia, COPENSIONES no tiene en cuenta en la historia laboral ni en los actos administrativos que deniegan la prestación, las semanas correspondientes a los ciclos

de noviembre de 2003 a mayo de 2005, las cuales conforme al caudal probatorio sí aparecen probadas y cotizadas (fls. 18 y CD 115), y suman un total de 45 semanas, tal como se ha visto previamente, empero, la actora no aporte otro documento válido que permita determinar relaciones labores con los empleadores identificados como *«ASOC DE TRANSP G YG ASOCIADOS»* y *«ASES JURÍDICAS ESPECIALIZADAS Y DE»*, y si bien se indica en el certificado expedido por SALUDCOOP EPS que estos registran aportes al sistema general de salud, más allá del tiempo señalado en las historias laborales con esos mismos empleadores, allí mismo se registran las novedades de ingreso y retiro al sistema general de pensiones que no se corresponden con el documento de la EPS.

En ese orden de ideas, observa la Sala que la relación laboral en este caso no se encuentra debidamente acreditada dentro del plenario, sumado a ello, como ya se explicó, la historia laboral precisa las novedades de retiro por parte de dichos empleadores, y no puede atribuirse a Colpensiones su omisión en las acciones de cobro respecto a los tiempos en que, eventualmente, no se afilió al demandante, de modo que ya no se puede hablar de imputación de aportes en mora, sino de las consecuencias jurídicas que se derivan de la no afiliación por parte del empleador al no haber reportado la novedad, por ejemplo, el ingreso, lo que impide que en esta causa se puedan incluir dichos ciclos, en la medida que a este proceso no se vincularon a esos empleadores.

Definido lo anterior, se tiene que las 45 semanas que sí se tienen en cuenta en este proceso, NO lo hace merecedor de la pensión por invalidez reclamada. Todo conforme lo concluyó el juez a quo, razón por la que se CONFIRMARÁ la decisión de primer grado.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

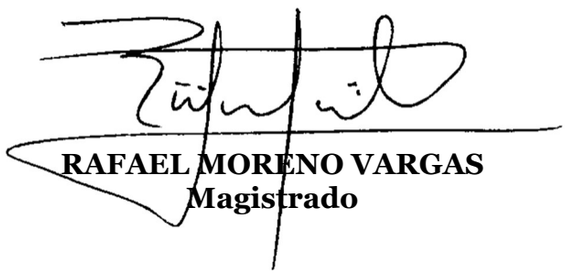
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

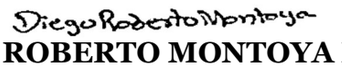
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ MYRIAM CUCAITA ALARCÓN Y LUZ MERY CUCAITA ALARCÓN contra ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES Rad. 1100131-05-007-2019-00232-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de junio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

Las señoras **LUZ MYRIAM Y LUZ MERY CUCAITA ALARCÓN**, solicitan que se condene a COLPENSIONES a reconocer que el causante, señor Eulogio Cucaita Caballero, tenía derecho al pago de la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2010, incluidas las mesadas de junio y diciembre de cada año; se condene al pago del retroactivo pensional post mortem del causante entre el 1° de julio de 2010 y el 1° de julio de 2012 incluidas las mesadas de junio y diciembre de cada año en su calidad de causahabientes; los intereses moratorios al causante por no pago oportuno de su pensión de vejez y por el no pago oportuno a sus causahabientes; la indexación o corrección monetaria de las mesadas y condenas susceptibles de la misma.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el Señor EULOGIO CUCAITA CABALLERO (Q.E.P.D) nació el 2 de junio de 1937, llegando a la edad de

60 años en el año 1997, habiendo cotizado más de 1.000 semanas al sistema general de pensiones, siendo su último aporte en junio de 2010, sin embargo, el empleador de esa época INTERAPOYO CTA no reportó la novedad de retiro ante Colpensiones. Señala que el 8 de junio de 2011, el causante elevó solicitud pensional, la cual fue negada mediante Resolución No. 118159, bajo el argumento que no reunía las condiciones para acceder a dicha pensión por contar solamente con 981 semanas cotizadas en todo tiempo, de las cuales, sólo 340 correspondían a los últimos 20 años, decisión frente a la cual interpuso los recursos de ley, y por falta de respuesta, interpuso acción de tutela y en cumplimiento de esta, Colpensiones expidió la Resolución 22264 en la cual le fue reconocido el derecho a la pensión de vejez al causante, a partir del 1° de julio de 2012, en cuantía inicial de $641.651, sin embargo, no reconoció el retroactivo pensional al que tenía derecho a partir del 1° de julio de 2010, ni los intereses ante la mora en el reconocimiento en las mesadas pensionales; que posteriormente, Colpensiones el 29 de junio de 2013, expidió la Resolución GNR 159630 en la cual de manera unilateral resolvió «*Negar*» el Reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pese a que esta ya había sido reconocida, por lo anterior, el hoy causante, interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, sin que a la fecha de defunción del causante, el 10 de diciembre de 2013, hubieren sido resueltos. Que el 22 de febrero de 2017, en su calidad de hijas solicitaron respuesta al recurso de apelación del causante que estaba pendiente y se les reconocieran como beneficiarias de los derechos adeudados al causante, el pago de mesadas adeudadas y a los intereses moratorios sobre las mismas. Posteriormente Colpensiones por medio de la Resolución DIR 4830 del 4 de mayo de 2017 dispuso la reliquidación de la mesada pensional, así como el pago de tales derechos a las beneficiarias del causante, pero no reconoció ni pagó retroactivo pensional, pues sólo reconoció la pensión del actor a partir del 1° de julio de 2012, cando ha debido reconocerla a partir del 2010; tampoco reconoció los intereses moratorios solicitados y adeudados sobre el retroactivo pensional, con ello, quedó agotada la reclamación administrativa (Fls. 63-71).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la misma, argumentando que para hablar de retroactivo pensional, es necesario que el trabajador que cumple con los requisitos para la pensión de vejez, deje de cotizar al sistema pensional y se desafilie al mismo, pero en el presente asunto, el empleador INTERAPOYO CTA no reportó la novedad de retiro del causante, por lo que la entidad reconoció el derecho a corte de nómina para el 1° de julio de 2012, aunado al hecho que las pretensiones de la demanda, esto

es, las mesadas causadas entre el 1° de julio de 2010 y el 1° de julio de 2012, ya están prescritas. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «no procedencia al pago de ostas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», e «innominada o genérica» (Fls. 77 a 90).

De igual modo, la **PROCURADURÍA DELEGADA PARA LOS ASUNTOS CIVILES Y LABORALES** presentó escrito de intervención en el proceso, en defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, solicitando se tenga en cuenta las siguientes excepciones de mérito, a saber: «INEXISTENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS» y «PRESCRIPCIÓN» (fls. 100 a 103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de junio 2020, declaró que el retiro del sistema del fallecido señor EULOGIO CUCAITA se causó el 30 de junio de 2010 y por tanto, tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez a partir de esta fecha, en cuantía de $629.975; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a las demandantes, en calidad de causahabientes del señor Eulogio Cucaita retroactivo pensional en cuantía de $23.086.532,23. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios liquidados a 30 de junio de 2020 en cuantía de $33.781.395,5 y los que se causen a futuro.

Para arribar a tal conclusión, señaló el a quo que la cesación de aportes a pensión se dio de forma tácita desde el momento en que el causante dejó de cotizar, en el mes de junio del 2010, cuando ya había cumplido los requisitos para su pensión de vejez, y desde esa fecha debió reconocerse su pensión de vejez. En lo atinente a la prescripción, indicó que el agotamiento de la vía gubernativa es potestativo del administrado de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización para la prescripción, sólo se hará a partir del momento en que la respuesta se produzca, sin que la entidad pueda solicitar luego su prescripción; y en el caso particular, fue sólo hasta el 2017 que Colpensiones decidió resolver el recurso de apelación que el causante interpuso en vida frente a la resolución que dejó sin efectos su prestación, agotando así la vía administrativa, añadiendo en tal sentido, que en el momento en que Colpensiones resolvió el recurso presentado por el causante en el 2013 se agotó la vía administrativa y comenzó el termino trienal para

efectos de la prescripción del derecho reclamado, y la presentación de la demanda se realizó a los dos años de la contestación, por lo anterior no se configuró el fenómeno de prescripción frente al retroactivo y los intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, solicitando la absolución de cada una de las condenas, argumentando que conforme al artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990, en su artículo 13, la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reuniendo los requisitos mínimos, pero es necesaria la desafiliación al régimen para el disfrute, recordando igualmente que en el artículo 32 Decreto 692 de 1994 se consagra que los empleadores a más tardar el último día del mes calendario, deben informar a las administradoras las desvinculaciones o retiros de los trabajadores producidos durante el mes calendario y conforme a la jurisprudencia constitucional, para el disfrute pensional es necesario que el trabajador que cumpla con los requisitos y deje de cotizar al régimen pensional desafiliándose del mismo, pues una vez causado el derecho pensional cesa la obligación de realizar cotizaciones, lo cual es facultativo del beneficiario, pues puede optar por continuar realizando aportes. En el caso en particular, el último empleador no reportó la novedad de retiro del causante por lo cual la entidad reconoció el derecho a corte de nómina para el 1° de julio de 2012. De igual modo, manifestó que no se puede condenar a intereses moratorios y a la indexación, ya que estos son excluyentes e incompatibles.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, toda vez que, aunque el causante tenía derecho a la pensión de vejez no hay lugar al retroactivo solicitado, pues se evidencia en la historia laboral del causante que el empleador INTERAPOYO CTA no reportó la novedad de retiro del causante, por lo que la entidad reconoció el derecho a corte de nómina para el 1° de julio de 2012; aunado a ello, las mesadas que se reclaman prescribieron, puesto que el termino trienal empieza a contar desde el día en que se notificó la resolución al causante, sin embargo, si la notificación fue surtida el mismo año 2012, es claro que solamente tenía hasta el año 2015 para interponer la correspondiente demanda, empero la misma solo se presentó hasta el 19 de marzo de 2019, es decir, que transcurrieron más de los 3 años de los que hablan los artículos 488 del CST y 151 del

CPTSS, por ende, las mesadas de las cuales pretende el reconocimiento se encuentran prescritas. En ese orden de ideas, sostuvo que la entidad no tiene obligación para el reconocimiento de las mesadas causadas entre el 1 de julio de 2010 y el 1 de julio de 2012, por ende, tampoco hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios deprecados. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si las demandantes se encuentran legitimadas para reclamar el retroactivo pensional no concedido por COLPENSIONES con ocasión de la pensión de vejez que le fue reconocida al causante de manera posterior a su muerte; de ser así, establecer si hay lugar al retroactivo pensional desde el 1° de julio de 2010 hasta el 1° de julio de 2012, así como al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, es necesario señalar que se acreditó que el señor EULOGIO CUCAITA CABALLERO falleció el 10 de diciembre de 2013, tal y como se advierte del registro civil de defunción obrante en el expediente (folio 5), de igual modo, se acreditó que previamente el extinto ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 22264 del 19 de junio de 2012, a partir del 1º de julio de 2012, decisión que fue confirmada por medio de la Resolución No. 03212 del 12 de septiembre de 2012. La fecha del disfrute se dio en la fecha indicada, por no haberse reportado novedad de retiro; la prestación se reconoció en cuantía inicial de $641.651, todo lo anterior, por haber cotizado 1.026 semanas y cumplir con los requisitos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 (fls. 26 a 31).

Ahora bien, previo a resolver el problema jurídico planteado, estima la Sala que las demandantes e hijas del causante, pese a que son mayores de edad -más de 25 años de edad-, en principio no tienen la vocación de ser beneficiarias de la prestación por sobrevivencia, pero si se encuentran legitimadas para reclamar el derecho al reconocimiento y pago de las mesadas retroactivas que se le reclaman en el presente proceso a COLPENSIONES, pero en nombre del causante y no a nombre propio; no obstante lo anterior, se precisa que para lo que no están facultadas es para recibir a su nombre las mesadas que eventualmente se deriven del derecho al retroactivo pensional causado, ello es así porque a la fecha COLPENSIONES no las ha reconocido como herederas o legatarias del causante, ya que una vez fallecido este, es que se difiere la herencia, por lo que el retroactivo pensional a que tenía derecho en vida

Eulogio Cucaita Caballero, se convierte en un crédito a su favor que ha de integrar la masa sucesoral, pues como es sabido al tenor del artículo 1012 del CC la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, por lo que será el juicio o tramite sucesoral que se adelante ante la instancia correspondiente, el que determinará a quien o a quienes les corresponde dicho retroactivo.

Es así que, dada la vocación de suceder al causante en sus derechos y obligaciones, es que a la parte actora le asiste legitimación para reclamar la configuración o la causación del derecho al retroactivo al que eventualmente hubiere tenido derecho su fallecido padre.

Al respecto, vale la pena indicar lo que de vieja data la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido en casos de similares contornos, verbigracia en sentencia SL5669-2016 precisó:

«…el Código Sustantivo del Trabajo en atención a que la subsistencia familiar depende normalmente de la remuneración del operario o de la jubilación del ***pensionado****, para evitar dilaciones y trámites engorrosos prevé el pago directo por el empleador a los beneficiarios de los derechos arriba definidos, vale decir que los reconoce como acreedores laborales directos.*
Con arreglo a los artículos 212 y 294 del C.S.T., los beneficiarios deben presentarse ante el empleador solicitando los posibles derechos y demostrando su condición según la tarifa probatoria establecida por las mismas normas. El patrono tiene la facultad legal de apreciar las pruebas que le sean aducidas y si las encuentra suficientes debe publicar un aviso por dos veces a lo menos, indicando quienes se presentaron y en cual condición, así como también convocando a todos los que estimen ser beneficiarios a fin de que también concurran a reclamar.
[…]
Si posteriormente a este trámite se presentan nuevos beneficiarios, quedarán obligados a satisfacer las cuotas que les correspondan quienes recibieron los derechos pues el empleador está liberado. Y en tratándose de jubilación la presencia de nuevos beneficiarios acreditados y no controvertidos autorizará a la empresa para efectuar hacia el futuro una nueva distribución del derecho, pero con referencia a las mesadas causadas y canceladas sólo podrán cobrarse las respectivas cuotas a quienes las percibieron. CSJ SL del 2 de noviembre de 1994, No. 6810.

Conforme al citado precedente, se desprende que los créditos laborales a favor del trabajador o ***pensionado*** *exigibles al empleador, cuando aquel muere, pueden ser reclamados por los beneficiarios, de forma directa, al empleador, en aras de proteger la subsistencia familiar que, por regla general, se presume, depende normalmente de la remuneración del trabajador o del pensionado conforme las reglas de la experiencia…».*

Así las cosas, *mutatis mutandi* itera la Sala de Decisión precisa que las demandantes se encuentran legitimadas en este caso para reclamar la configuración del retroactivo que posiblemente dejó causado el pensionado por vejez.

Dilucidado lo anterior y en lo que refiere al retroactivo reclamado, como ya se explicó, no existe discusión que el causante detentó la calidad de beneficiario del régimen de transición, así como tampoco que cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, razón por la que el problema jurídico se concreta

al puntual aspecto relacionado con la fecha de disfrute de la pensión de vejez, pues la parte actora considera que ésta debe ser concedida desde el 1º de julio de 2010, teniendo en cuenta que dejó de cotizar el 30 de junio de 2010 y cumplió la edad para pensionarse (60 años) el 02 de junio de 1997, cuando ya había acreditado los requisitos para acceder a la prestación.

Al respecto, también se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con la historia laboral allegada y que reposa a folio 13, que la última cotización efectuada por la demandante lo fue en calidad de dependiente para el ciclo de junio de 2010.

En este contexto, el art. 13 del mencionado Acuerdo 049 de 1990 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, así:

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

Lo anterior encuentra sustento en que la pensión no es más que el pago diferido del haber pensional que han hecho empleador y trabajador, o trabajador independiente, según el caso, durante gran parte de su vida laboral, cuando cumple determinada edad y deja de ser productivo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, con ponencia del doctor Jorge Mauricio Burgos Ruiz, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse claramente como la parte actora satisfizo a cabalidad todos los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia para entenderse su desafiliación al sistema:

(i) Desde el 08 de julio de 2010 (fls. 14 a 20, 53) solicitó el reconocimiento de su pensión, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que era su deseo retirarse del sistema, aunado a que:

(ii) El señor EULOGIO CUCAITA CABALLERO, adquirió el estatus de pensionado desde el 02 de junio 1997, fecha para la cual arribó a los 60 años de edad y tenía acreditadas un total de 1.026 semanas de cotización al 30 de junio de 2010 por lo que conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 ya tenía causado el derecho.

(iii) El empleador del hoy fallecido, INTERAPOYO CTA, dejó de cotizar desde el 30 de junio de 2010, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones (fl. 13).

Puestas así las cosas, esta Sala observa con meridiana claridad, que en éste caso se cumplen las condiciones analizada en la jurisprudencia y en tal sentido hay lugar a modificar la fecha de disfrute a partir del 1° de julio de 2010, fecha desde la cual, ya tenía cumplidos los requisitos de causación de la pensión de vejez, tal como la misma entidad lo reconoció, según el acto administrativo que finalmente reconoció la prestación, acto con el cual se evidencia su clara intención de desafiliarse del sistema de pensiones, y así mismo lo advirtió la decisión de primera instancia.

Se debe anotar que la excepción de prescripción no se encuentra probada, dado que el retroactivo se causó a partir del 1° de julio de 2010 y el causante solicitó la prestación el 08 de julio de 2010, siéndole negada la prestación mediante Resolución 118169 del 26 de agosto de 2011 (fls. 14 a 16, 53), decisión frente a la cual se presentaron los recursos de reposición y en subsidio apelación (fls. 17 a 20), los cuales se resolvieron mediante Resolución No. 22264 del 19 de junio de 2012 (fls. 26 a 29), a través de la cual se resolvió conceder la pensión de vejez a partir del 01 de julio de 2012 en cuantía de $641.651, decisión confirmada mediante Resolución No. 03212 del 12 de septiembre de 2012 (fls. 30 y 31); luego, mediante petición del 22 de julio de 2013, se solicitó el retroactivo pensional (fls. 27 a 41), lo cual, sólo se vino a resolver mediante Resolución DIR 4830 del 04 de mayo de 2017 (fls. 53 a 62), notificada el 15 de mayo de 2017 (fl. 52), y como quiera que la demanda fue promovida el 15 de marzo de 2019 (fl. 74), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

En ese orden, y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación fue reconocida para el año 2012 en la suma de $641.651, de modo que debe deflactarse al año 2010. En tal medida una vez efectuadas las operaciones de rigor arrojó una mesada para esa anualidad por un monto de $599.572 suma que resulta inferior a la calculada por el A quo ($629.975), motivo por el cual se modificará este punto de la decisión, al igual que el monto del retroactivo, el que calculado sobre 14 mesadas pensionales, teniendo en cuenta que no superaba los tres SMLMV a 2010, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, arrojó la suma de $17.348.662, desde el 1° de julio de 2010 y el 30 de junio de 2012:

DESDE	HASTA	MESADA	IPC	MESES	SUBTOTAL
1/07/2010	31/12/2010	$ 599.572	N/A	7,00	$ 4.197.004
1/01/2011	31/12/2011	$ 618.578	3,1700	14,00	$ 8.660.098
1/01/2012	30/06/2012	$ 641.651	3,73	7,00	$ 4.491.560
				TOTAL	**$ 17.348.662**

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 360 de junio de 2010, pues como se vio, para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, para así reconocer la prestación desde el momento que cumplió la totalidad de los requisitos, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional fue el 08 de julio de 2010 (fls. 14 a 20), se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, vencería el 08 de noviembre de 2010, habiéndose producido el reconocimiento pensional solo hasta el 19 de junio de 2012, con fecha de disfrute 1° de julio de 2012, de ahí que, los citados intereses se causan a partir del 09 de noviembre de 2012, sin que tampoco hayan sido afectados por el fenómeno de la prescripción en los términos antes expuestos; estos intereses se calcularán sobre el valor retroactivo hasta la fecha en que se realice el pago de dicho retroactivo pensional. Se advierte, los intereses se

calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectué el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En tal medida debe advertir que no es procedente, como lo indicó el a quo, indexar el retroactivo como quiera que se accede a los intereses moratorios.

Por tales razones, se modificarán los ordinales segundos a cuarto de la sentencia bajo estudio.

Finalmente, se adicionará la condena para autorizar a la entidad demandada para que del retroactivo pensional realice el descuento de las sumas que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud de conformidad con lo reglado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primer grado corren a cargo de la parte accionada, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primer grado, para en su lugar, establecer que el monto de la mesada para el año 2010 ascendió a la suma de $599.572, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de señalar que, COLPENSIONES debe reconocer y pagar a quienes acrediten la calidad de herederos y/o sucesores del causante EULOGIO CUCAITA CABALLERO y respecto de este, la suma de $17.348.662 por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 1° de julio de 2010 y el 30 de junio de 2012, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

TERCERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la aludida sentencia, en el sentido de precisar que los intereses moratorios adeudados se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, vigente en el momento en que se efectué el pago, conforme a los argumentos expuestos en precedencia

CUARTO: ADICIONAR la aludida sentencia, en el sentido de AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos a que haya lugar por concepto de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional causado, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

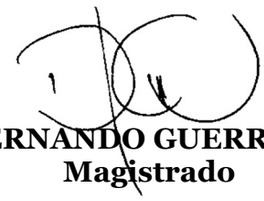
QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ELIZABETH SOCHA PINTO Y OTRA contra La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES Rad. 11001 31 05 008 2015 00403 01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida el 12 de junio de 2020 por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH SOCHA PINTO Y JENNY MARCELA MORENO SOCHA**, a través de apoderado judicial, pretenden se condene a COLPENSIONES a cancelar a favor de JENNY MARCELA MORENO en calidad de hija del causante CARLOS MORENO JAIMES, la pensión de sobreviviente desde la fecha de su deceso 13 de septiembre del año 2000 en un porcentaje del 100% hasta el 21 de febrero del 2010; así mismo, solicita se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente en un porcentaje del 50% desde el 21 de febrero de 2010. A su turno, pretenden las actoras que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora ELIZABETH SOCHA PINTO en calidad de cónyuge del causante CARLOS MORENO

JAIMES, la pensión de sobreviviente en un 50% a partir del 21 de febrero de 2010. A los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a la indexación y a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicaron que el señor CARLOS ARTURO MORENO JAIMES falleció el 13 de septiembre del año 2000, cotizando al ISS un total de 600 semanas, que la señora ELIZABETH SOCHA PINTO contrajo matrimonio por los ritos católicos y convivió de forma permanente e ininterrumpida con el causante desde sus nupcias hasta su fallecimiento, que solicitó en calidad de cónyuge el 08 de abril del 2009 el pago de la indemnización sustitutiva de sobrevivientes en representación de sus hijos, que para la fecha eran menores de edad (Jenny Marcela Moreno Socha y Javier Andrés Moreno Socha), mediante Resolución No. 013357 de 12 de abril del 2011 el ISS negó la indemnización sustitutiva pretendida alegando prescripción del derecho, empero, se reconoció la prestación a Jenny Marcela Moreno Socha y Javier Andrés Moreno Socha, hijos del causante, por el valor de $2.285.090 a cada uno como indemnización sustitutiva; señalan que el valor reconocido a Jenny Marcela Moreno Socha quedó en suspenso en razón del cumplimiento de la mayoría de edad y por no allegar copia de la cédula de ciudadanía; posteriormente, a través de la resolución No. GNR 51 del 02 de enero del 2014 se levantó la suspensión de la cancelación ordenada en la Resolución 013357 del 12 de abril de 2011 y ordenó el pago de la suma de $2.285.090 a favor de Jenny Marcela Moreno Socha, dinero que no ha sido cobrado.

Por otro lado, manifiestan las actoras que el 21 de febrero del 2014 solicitaron a Colpensiones realizar un estudio de sus pensiones de sobrevivientes, prestación que fue reconocida mediante la Resolución No 262828 del 18 de julio de 2014 a partir del 21 de febrero de 2010 en cuantía del 50% para cada una de las peticionarias, decisión que fue objeto de los recursos de reposición y en subsidio de apelación, frente a lo cual la pasiva a través de acto administrativo de fecha 14 de marzo del 2015, estudió nuevamente la solicitud, y se les reconocieron valores inferiores a los establecidos anteriormente, y a la fecha no ha sido resuelto el recurso de apelación interpuesto. (fls.3 a 13).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones **Colpensiones**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentos de derecho, manifestando que la hija del causante no cumple con los requisitos para

acceder a la pensión de sobrevivientes, y por carecer de sustento fáctico y legal, así mismo señala que ha cumplido estrictamente con las disposiciones constitucionales y legales vigentes en la fecha en que la demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la prestación; Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «la no configuración del derecho al pago de interese moratorios» (fls.77 a 80).

Por su parte el vinculado, señor JAVIER ANDRÉS MORENO SOCHA, no contestó la demanda, en atención a que mediante escrito presentado a folio 107, manifestó darse por notificado del auto admisorio de la demanda y que renuncia a los términos para contestar la misma, por no encontrarse interesado en los derechos reclamados (fl.110).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 12 de junio de 2020, condenó a Colpensiones a cancelar las siguientes sumas de dinero y conceptos: *"a favor de la demandante Jenny Marcela Moreno Socha, la suma de $10.131.313 debidamente indexada al momento del pago, por la diferencia causada por el retroactivo pensional reconocido en Resolución No. GNR 77999 de 2015, a favor de Elizabeth Socha Pinto la suma de $10.131.313 debidamente indexada, por la diferencia causada entre el retroactivo pensional reconocido en Resolución No. GNR 77999 de 2015 y la suma de $14.774.424, correspondiente al 50% de cada una de las mesadas pensionales dejadas de pagar entre el 1 de mayo de 2015 al 30 de abril de 2018",* así mismo, autorizó a la parte demandada efectuar los respectivos descuentos en salud; a su turno, absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra, y declaró no probadas las excepciones de prescripción y cobro de lo debido.

Para arribar a la anterior conclusión señaló que, el derecho a la pensión de sobreviviente de la demandante JENNY MARCELA MORENO es imprescriptible como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, empero, en cuanto a las mesadas pensionales estas prescriben dentro del término trienal consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPT, resaltando que esta es la normatividad que rige en materia de prescripción laboral y no otra, la cual se interrumpe por una sola vez mediante reclamo escrito que haga el demandante sobre el derecho pretendido, siempre que se presente la demanda ordinaria dentro de los 3 años siguientes a la interrupción del término; en el caso

particular, consideró que el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible a partir de la fecha del deceso del causante, esto es el 13 de septiembre del 2000, por lo tanto la demandante tenía hasta el 13 de septiembre del 2003 para reclamar el pretendido reconocimiento pensional. Que en presente caso la señora Elizabeth Socha lo realizó en nombre propio y en representación de la menor Jenny Marcela Moreno, quien ese momento era menor de edad, a través de la petición de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes mediante formulario 80006 (fl.121), indicando que tal reclamo no surtió los efectos de interrupción del fenómeno prescriptivo por cuanto lo solicitado en esa oportunidad difiere de la pretendida prestación económica.

Señala que, posteriormente el 21 febrero del 2014 las demandantes por conducto de apoderado, solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ARTURO MORENO JAIMES aclarando que para dicha data la joven JENNY MORENO contaba con la edad de 20 años según registro civil de nacimiento (fl.18), petición que fue resuelta mediante Resolución GNR 262828 del 18 de julio de 2014 modificada por la resolución GNR 77999 del 14 de marzo del 2015, y notificada el 28 de marzo del 2015, igualmente por fuera del término previsto en la mencionada normatividad.

Así mismo indica que, desde la fecha de la presentación de la solicitud, esto es 21 de febrero del 2014, debía la accionada contar los 3 años hacia atrás a efectos de contabilizar el termino trienal, sin embargo, Colpensiones reconoció la pensión con fecha efectiva a partir del día 21 de febrero del 2010 y la demanda se presentó solo hasta el 21 mayo del 2015, razón por la cual si se tomara esta última fecha como interrupción de la prescripción, la conclusión sería que se encontrarían prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad al 21 de mayo del 2013.

En cuanto a los pagos realizados por concepto de mesadas causadas desde el 21 de febrero del 2010 hasta la fecha de reconocimiento pensional, consideró que una vez examinado el acto administrativo que otorgó la prestación pensional, GNR 262828 del 2014, confrontado con el acto que lo modificó esto es la GNR 77999 del 14 de marzo del 2015, advierte que le asiste razón a las accionantes señalando que el retroactivo pensional de cada una de las beneficiarias disminuyó considerablemente pasando de la suma de $13.401.227 a $9.100.030 valor último que conforme al oficio con radicación BIZAGIBZ 2019-25882930 del 6 de noviembre del 2019, expedido por la accionada, fue debitado en nómina de abril del 2015 a favor de las demandantes, y efectuados los cálculos aritméticos respectivos, teniendo en cuenta

que la pensión de sobrevivientes se reconoció en el equivalente a un 1 SMMLV y por 14 mesadas anuales, se obtuvo un retroactivo liquidado entre el 21 de noviembre del 2010 al 31 de marzo del 2015 por la suma de $19.231.343, señalando que solo le fue cancelado a las demandantes el valor de $9.100.030, razón por la cual se genera en favor de cada una de las accionantes una diferencia de $10.131.313.

En cuanto a que la accionante Jenny Moreno percibió el 50% de la mesada hasta el mes de abril del 2015, en razón a que la nómina fue suspendida de mayo del 2015 a abril del 2018 a la espera de que acreditara su calidad de estudiante, expone que reposa certificación expedida por Universidad Nacional de Colombia fechada del 9 de marzo del 2015 (fl.31), en la que se demuestra que la accionante se encontraba matriculada en esa institución en el programa de Ciencias Políticas durante el primer periodo académico del 2015, en este punto señaló lo establecido en el artículo 15 del Decreto 1889 de 1994 indicando que se requería establecer como estaba configurada la intensidad horaria total que debía cumplir la beneficiaria, señalando que dicho documento no resulta valedero para entender que la demandante culminó con éxito tal periodo académico y menos determinó la intensidad horaria cumplida, razón por la cual dicho documento no es suficiente para acreditar la condición de estudiante, por lo expuesto se efectuó el computo correspondiente, resolviendo que a la señora Elizabeth Socha Pinto le asiste el derecho al pago de la suma de $14.774.424 por concepto del 50% de la mesada pensional que le fue suspendida y que debía de ser cancelada por la accionada a su favor, señalando que su mesada desde aquel entonces debió de incrementarse a un 100%, ante la falta de acreditación probatoria de los estudios en los términos referidos en el artículo citado.

En cuanto a los intereses moratorios señala que no es procedente su imposición teniendo en cuenta que dichos intereses solo proceden ante la tardanza injustificada del reconocimiento y pago de las mesadas pensionales y no por la diferencia en las reliquidaciones, exponiendo que solo hasta el fallo de instancia se declaró que le asiste derecho a las accionantes del pago pretendido del retroactivo, así mismo expone que, la falta de pago de la entidad encartada respecto de las mesadas pensionales causadas en favor de la señora Elizabeth Socha entre mayo de 2015 y abril del 2018 obedeció a que la mismas estaban en suspenso ante la ausencia de los requisitos legalmente establecidos para acreditarse por la condición de estudiante durante dicho tiempo, por lo expuesto señala que se absuelve a la accionada de esta pretensión, por el contrario indica que se ordenará el pago indexado del retroactivo generado a favor cada uno de las demandantes.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación respecto del ordinal segundo del fallo proferido señalando que la CSJ ha hecho una línea jurisprudencial frente a la prescripción de los derechos de los menores, por lo que la señora Jenny solo pudo reclamar su derecho cuando cumplió su mayoría de edad, esto es el 13 abril del 2011, fecha a partir de la cual debe contarse la prescripción y el término que tiene para poderla interrumpir si fuera el caso, es decir que el 14 de abril del 2011 adquirió la capacidad para interponer las acciones y reclamaciones correspondientes, cumpliéndose los tres años el 13 abril del 2014, sin embargo, la prescripción se interrumpió con la petición del 21 de febrero del 2014, es decir, que se realizó 2 meses antes de que se causara la prescripción trienal del artículo 489 del CST, y debido a que la demanda se presentó el 20 de mayo del 2015 solo había trascurrido un año. Así mismo, indicó que se debe hacer un análisis de la prescripción de los menores de edad conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la normatividad civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, y que permite concluir que la demandante Jenny adquirió su capacidad legal para reclamar sus derechos hasta el 14 de abril de 2011, un día después que cumplió su mayoría de edad, y lo hizo dentro de los 3 años siguientes como lo establece el artículo 489 del CST.

En cuanto a los intereses moratorios, indicó que Colpensiones los debe cancelar por cuanto la tesis de la prescripción de los menores viene desde el año 1996, quiere decir que no es desconocida para la demandada y si es una manera caprichosa de la entidad de no conceder los derechos que le corresponden a los usuarios.

A su turno, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, presentó recurso de apelación en lo concerniente a la condena del retroactivo pensional causado entre mayo del 2015 a mayo 2018, argumentando que este proceso se inició por la parte demandante por su mala fe y por los errores en que hizo incurrir al ente pensional dado que cuando se presentó la demanda a las actoras ya se les había ingresado a nomina en el mes de abril, se habían cancelado retroactivos correspondientes a los ordenados en la Resolución GNR 77999 del 2015, lo que demuestra que si existían pagos generados por concepto de retroactivo pensional y del acrecimiento de la mesada pensional a favor de la señora Elizabeth Socha. Así mismo, indicó que de los retroactivos que se dejaron en suspensión por el periodo de mayo 2015 a mayo de 2018, se presentaron por 2 situaciones (i) la

demandante Jenny en ningún momento con posterioridad al segundo periodo académico del 2015 volvió a acreditar la condición de estudiante y no se sabía si conserva la calidad de beneficiaria de la prestación; (ii) porque hasta mayo del 2018 cumplió los 25 años, razón por la cual solo hasta esta fecha se podría acrecentar la mesada pensional de su progenitora, lo cual no se hizo antes por temas legales y de protocolo de Colpensiones, razón por la cual, se tiene que dejar en suspenso el retroactivo hasta cuando la beneficiaria cumpla los 25 años de edad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en las apelaciones solicitando se revoque la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si a las demandantes les asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo fulminado en primera instancia; de ser así, se definirá la forma y términos en que debe ser reconocido. Igualmente definirá lo relacionado con la pretensión de intereses moratorios a cargo de la entidad demandada.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, la Sala de Decisión debe indicar que no se realizará consideración alguna sobre la procedencia de la pensión de sobreviviente de las demandantes ELIZABETH SOCHA PINTO y JENNY MARCELA MORENO SOCHA, en su condición de cónyuge e hija del causante CARLOS ARTURO MORENO JAIMES respectivamente, dado que la citada prestación fue reconocida por Colpensiones con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, mediante resolución GNR 262828 del 18 de julio de 2014 (fls.37 a 40), y sobre la cual no se presentó reparo alguno por las partes.

Aclarado lo anterior, la Corporación debe indicar que dentro del proceso se acreditó que el afiliado CARLOS ARTURO MORENO JAIMES falleció el 13 de septiembre de 2000, tal y como se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 16 del informativo, lo que permite concluir que la causación del derecho a la pensión de

sobreviviente de las demandantes si dio en la citada calenda de manera conjunta dada la condición de cónyuge de la señora ELIZABETH SOCHA PINTO y la de hija de JENNY MARCELA MORENO SOCHA respecto del causante, tal y como lo establece el artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que a su turno es aceptado por la parte pasiva en la Resolución GNR 262828 del 18 de julio de 2014 (fl.39), y que permite inferir que desde la muerte del afiliado a cada una de ellas corresponde el 50% de la mesada pensional.

A pesar de lo anterior, se evidencia por parte de este juez colegiado que existe discrepancia sobre la causación y pago del retroactivo a favor de las actoras, para ello, se debe precisar que al momento del fallecimiento del causante la demandante JENNY MARCELA MORENO SOCHA contaba con 7 años de edad dado que nació el 13 de abril de 1993 como se desprende del registro civil de nacimiento (fl.18), hecho que conlleva a que la prescripción de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, se encuentra suspendida hasta cuando cumpliera los 18 años debido a su condición de menor de edad, tesis que a su turno ha sido objeto de análisis por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de justicia, quien en sentencia SL 5177 del 28 de noviembre de 2018, consideró lo siguiente:

> *"Para dilucidar lo anterior, la Sala comienza por recordar que los artículos 2541 y 2530 del CC, aplicables en laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, son claros en precisar que frente a los menores de edad, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción; es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad o su representante ejerza en su nombre el derecho de acción y en virtud del mismo presente la respectiva demanda.*
>
> *Así lo tiene adoctrinado, desde antaño, la Corte Suprema de Justicia, baste recordar lo dicho en sentencia CSJ SL10641-2014, que reiteró, entre otras, lo expresado en sentencia CSJ SL, 11 dic. 1998, rad. 11349, cuando al efecto precisó:*
>
> > *"La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.*
> >
> > *La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en*

otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término.
[…].

El anterior precedente a su vez fue reiterado en la providencia CSJ SL 30 de octubre de 2012 no. 39631, como sigue:

Precisamente, y al acudir la Corte Suprema de Justicia a la normativa civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, se evidencia que el Tribunal no advirtió la insoslayable circunstancia de que la acción fue promovida, entre otros, por ***los hijos menores de edad*** *del señor […] y, por tanto, la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados.*

Ilustra la cuestión en precedencia, la doctrina recibida por esta Sala en sentencia del 15 de febrero de 2011, radicación 34817:

Sobre el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos de los menores, esta Sala de tiempo atrás, por mayoría, definió que los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S., no gobiernan lo referente a dicho punto, por lo que se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Sala que ciertamente tiene razón la recurrente al sostener que el Ad quem, para declarar probada la excepción de prescripción, no se percató que para la fecha en que falleció Edison Osorio Vélez, 21 de mayo de 2003, Edson Reynaldo y Edisson Alexander Osorio Tarazona eran menores de edad, pues conforme a los

> *registros civiles visibles a folios 7 y 8 del cuaderno principal se evidencia que el primero nació el 4 de noviembre de 1986 y el segundo el 5 de abril de 1991, esto es, para la data en que fallece su progenitor ellos contaban con 16 y 12 años respectivamente, por tanto, la prescripción extintiva de las obligaciones estaba suspendida al amparo de los citados artículos 2541 y 2530 del CC."*

Conforme al precedente citado, es claro que el término de prescripción de la actora JENNY MARCELA MORENO SOCHA se mantuvo suspendido hasta el día 13 de abril de 2011, fecha en la cual cumplió 18 años de edad, lo que conlleva a concluir que a partir del 14 de abril de 2011 inicia a correr el término de prescripción consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, empero, se evidencia que la reclamante el 21 de febrero del 2014 presenta ante Colpensiones solicitud de pensión de sobreviviente (fls.32 a 34), la cual a su turno interrumpe la prescripción en los términos del artículo 489 de la norma sustantiva laboral por 3 años nuevamente, petición que fue desatada mediante resoluciones GNR 262828 del 18 de julio de 2014 y GNR 77999 del 14 de marzo de 2015 (fls.37 a 40 y 55 a 61), oportunidad en la cual se reanuda el término prescriptivo nuevamente, hasta cuando el 21 de mayo de 2015 se presenta la demanda ante la oficina de reparto judicial (fl.69).

Conforme al anterior recuento procesal es claro que en el presente asunto no se ha presentado prescripción alguna frente al 50% del retroactivo pensional de la demandante JENNY MARCELA MORENO SOCHA entre el 13 de septiembre de 2000 hasta el 13 de abril de 2011 dada su condición de menor de edad, y frente a las mesadas causadas a partir del 14 de abril de 2011 dicho efecto no se ha presentado dado que la actora agotó la reclamación de la pensión el 21 de febrero de 2014, es decir, 2 años, 10 meses y 8 días después de cumplir la mayoría de edad, lo que activó el termino nuevamente por otros 3 años (artículo 489 del CST y 151 del CPTSS), y una vez agotada la reclamación el 14 de marzo de 2015 presentó la demanda dentro de los 2 meses y 7 días después de desatado el recurso de reposición contra la Resolución GNR 262828 del 18 de julio de 2014.

Ahora bien, una vez establecido que en el presente asunto no es dable declarar la prescripción sobre el 50% del retroactivo pensional de la demandante JENNY MARCELA MORENO SOCHA, la Corporación debe analizar si a partir de la fecha del cumplimiento de los 18 años y hasta los 25 años de la actora se acreditó su condición de estudiante, es decir, desde el 13 de abril de 2011 hasta el 13 de abril de

2018, para ello se debe recordar que la pensión de la demandante fue reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 desde el 13 de septiembre de 2000, por ello al presente caso es aplicable la exigencia contenida en el artículo 15 del Decreto 1889 de 1994, el cual establece que "*Para los efectos de la pensión de sobrevivientes, los hijos estudiantes de 18 años o más años de edad y hasta 25, deberán acreditar la calidad de tales, mediante certificación auténtica expedida por el establecimiento de educación formal básica, media o superior, aprobado por el Ministerio de Educación, en el cual se cursen los estudios, con una intensidad de por lo menos 20 horas semanales.*"

A pesar de lo anterior, se debe precisar que la Sección Segunda del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia del 11 de octubre de 2007, Radicación No. 11001-03-25-000-2005-00157-01(7426-05), MP Jaime Moreno García, declaró nulos los apartes "*formal básica, media o superior*" y "*con una intensidad de por lo menos 20 horas semanales*" contenidos en el artículo 15 del Decreto 1889 de 1994, al considera que "*sobre la base de que la voluntad del legislador, al expedir la Ley 100 de 1993, no fue otra que la de definir como beneficiario de la pensión de sobrevivientes al hijo menor de edad, y al que habiendo cumplido la mayoría de edad y hasta los 25, estuviere incapacitado para trabajar por razón de sus estudios, pero sin imponer restricción legal alguna en cuanto a la modalidad educativa adoptada por aquél*", lo que conlleva a que en este preciso caso la actora no deba cumplir alguno de los anteriores requisitos, máxime que dicha nulidad se decretó previo a que la actora cumpliera 18 años (13 de abril de 2011).

Así mismo, se debe indicar que si bien el Decreto 1889 de 1994 fue derogado por la Ley 1574 del 2 de agosto de 2012, por la cual se regula la condición de estudiante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y en donde estableció en su artículo 2 que la "*Certificación expedida por el establecimiento de educación formal de preescolar, básica, media o superior, autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el caso de las instituciones de educación superior y por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas para el caso de los establecimientos de educación preescolar, básica y media, donde se cursen los respectivos estudios, en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica no inferior a veinte (20) horas semanales.*", considera la Sala de Decisión que la misma no es dable aplicarla al presente caso dado que la demandante causó el derecho a la pensión en el año 2000 en vigencia del Decreto 1889 de 1994, y cumplió los 18 años

el 13 de abril de 2011, previo a la expedición de la ley, por ello, debe entenderse que dicho requisito solo es dable exigirlo para aquellas personas que causaron su derecho pensional a partir de la vigencia de la ley (2 de agosto de 2012).

Conforme a lo anterior, una vez revisado el expediente se evidencia que la actora JENNY MARCELA MORENO SOCHA fue estudiante del programa curricular de Ciencia Política en la Universidad Nacional de Colombia desde el segundo periodo académico del año 2011, en el año 2012, en el año 2013, en el año 2014, y hasta el primer semestre de 2015 (fls.26 a 31), así mismo, se logra establecer que en el segundo periodo académico de 2016 fue admitida en la misma institución en el plan de estudios Maestría en Estudios Políticos hasta el segundo periodo de 2019 que termina el 21 de abril de 2019 (fl.142), lo que permite concluir que acreditó dentro del plenario la condición de estudiante en los anteriores periodos académicos por lo que se reconocerá el retroactivo pensional del 50% desde el 1 de junio de 2011 hasta el 13 de abril de 2018, fecha en la que cumplió los 25 años de edad, excluyéndose el valor causado entre el 13 de abril de 2011 al 31 de mayo de 2011, y del 1 de junio de 2015 al 31 de mayo de 2016, en los cuales no se demostró la citada calidad.

Por otro lado, una vez establecido que no se presentó el fenómeno prescriptivo del retroactivo pensional de la demandante JENNY MARCELA MORENO SOCHA y la fecha límite parta el reconocimiento del 50% de la pensión de sobreviviente, la Sala de Decisión procederá a definir sobre la procedencia del otro 50% de la pensión de sobreviviente de la señora ELIZABETH SOCHA PINTO en su condición de cónyuge del causante CARLOS ARTURO MORENO JAIMES, al respecto se debe reiterar que el derecho a la prestación pensional citada se causó el 13 de septiembre de 2000 en proporción del 50% fecha del fallecimiento del causante, proporción que se mantuvo hasta el 13 de abril de 2018, dado que a partir del 14 de abril de 2018 la misma se debe acrecentar en un 100% dado que su hija JENNY MARCELA MORENO SOCHA cumplió los 25 años de edad, conforme lo normado en el artículo 2.2.8.2.1. del Decreto 1833 del 10 de noviembre de 2016, por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

Aclarado lo anterior, frente a la aplicación del fenómeno de la prescripción respecto de la actora ELIZABETH SOCHA PINTO, la Corporación debe reiterar que el citado derecho pensional es imprescriptible, empero, no ocurre lo mismo con el retroactivo causado por cuanto contaba en principio con tres (3) tres años para solicitar la pensión so pena de los efectos nocivos de la prescripción sobre dichas sumas (artículos 488 del CST y 151 del CPTSS), término que debe iniciarse a contar a partir

del 13 de septiembre de 2000 cuando falleció el causante CARLOS ARTURO MORENO JAIMES el cual se extendió hasta el 13 de septiembre de 2003 como tiempo para ejercer la respectiva reclamación ante el ISS hoy Colpensiones, sin embargo ello no aconteció dado que la pensión fue solicitada a Colpensiones solo hasta el día 21 de febrero de 2014 (fls. 32 a 34), cuando ya habían transcurrido más de los 3 años establecidos para evitar la configuración del fenómeno prescriptivo; no obstante, lo anterior, debe señalarse que en sede administrativa frente a reclamaciones formuladas ante el ISS, hoy COLPENSIONES, tiene aplicación el artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990, según el cual, la prescripción corresponde al término de cuatro años tal y como lo ha recordado la Sala de Casación Laboral en múltiples oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35506, reiterada en la SL6688- 2014, SL1458-2015 y recientemente SL-9078 de 2015, entre otras muchas. Por lo que, si bien desde el punto de vista de las normas que regulan la prescripción en sede judicial que indican es de 03 años, se evidencia que el ISS aplicó la norma de carácter administrativo, de ahí que, el retroactivo del 50% de la pensión de sobrevivientes causado entre el 13 de septiembre de 2000 y el 20 de febrero de 2010 se encuentra prescrito, lo que a su turno conlleva a que el retroactivo reconocido en la Resolución GNR 262828 del 18 de julio de 2014 se ajuste a los preceptos del artículo 50 del Acuerdo 049, aplicable en sede administrativa para efectos de la prescripción.

Esclarecida la fecha de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a las demandantes y desatada la inconformidad sobre la prescripción de las mesadas adeudadas por Colpensiones a ELIZABETH SOCHA PINTO y JENNY MARCELA MORENO SOCHA, la Sala de Decisión procederá a calcular el valor del retroactivo pensional causado en el presente juicio, para lo cual se analizará si en efecto se presentó pago alguno como lo indicó Colpensiones en la contestación de la litis y en el recurso de alzada, afirmación que funda en la Resolución 013357 del 12 de abril de 2011 en donde el ISS en su momento reconoció a la actora la suma de $2.285.090 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y en la Resolución GNR 77999 de 2015 en la cual se reconoce la pensión de sobrevivientes en un monto de $18.200.060, al respecto se evidencia que, a folios 149 a 152, la Directora de nómina de pensionados de Colpensiones, aporta certificación en la cual informa que revisada la base de datos de la nómina de pensionados de la Administradora Colombina de Pensiones Colpensiones, se determinó que con ocasión del fallecimiento del señor MORENO JAIMES CARLOS ARTURO, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía No13807643, afiliado No 913807643100, fueron reconocidas prestaciones por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión

de sobreviviente a favor de JENNY MARCELA MORENO SOCHA por la suma de $2.285.090 valor que fue reintegrado por la entidad financiera por no cobro, y la suma de $9.383.505 por concepto de pensión de sobrevivientes que no fue girado a la espera de que se aportaran los soportes de su condición de estudiante, así mismo afirmó que no se giraron mesadas por esta prestación desde mayo de 2015 a mayo de 2018 cuando fue retirada por cumplimiento de los 25 años; hechos que permiten inferir que a favor de la demandante JENNY MARCELA MORENO SOCHA a la fecha no se le ha realizó pago alguno por las prestaciones citadas, y que llevan a desvirtuar el pago invocado por la parte demandada.

Ahora bien, en el mismo sentido, la Corporación evidencia que frente al pago del 50% de la pensión de sobreviviente de la actora ELIZABETH SOCHA PINTO, se observa que el retroactivo en cuantía de $9.383.505 le fue cancelado en nómina del mes de abril de 2015 (fls.149 a 152), y el valor de la mesada pensional se ha pagado mensualmente desde dicha data y se procedió a incrementar en un 100% a partir del mes de mayo de 2018, fecha en la cual la demandante JENNY MARCELA MORENO SOCHA cumplió los 25 años, razón por la cual dicho monto será tenido en cuenta al momento de realizar el cálculo definitivo del pretendido retroactivo.

Establecido lo anterior, considera la Sala de Decisión que el valor del retroactivo pensional a favor de JENNY MARCELA MORENO SOCHA causado entre el 13 de septiembre de 2000 al 13 de febrero de 2018, excluyéndose el valor causado entre el 13 de abril de 2011 al 31 de mayo de 2011 y del 1 de junio de 2015 al 31 de mayo de 2016 en los cuales no se demostró la calidad de estudiante, asciende a la suma de $71.622.768,67, monto que se establece según la siguiente liquidación:

Retroactivo a favor de Jenny Marcela Moreno Socha				
año	**Valor mesada**	**50% mesada**	**No mesadas**	**Total**
2000	$260.100,00	$130.050,00	4	$593.895,00
2001	$286.000,00	$143.000,00	14	$2.002.000,00
2002	$309.000,00	$154.500,00	14	$2.163.000,00
2003	$332.000,00	$166.000,00	14	$2.324.000,00
2004	$358.000,00	$179.000,00	14	$2.506.000,00
2005	$381.500,00	$190.750,00	14	$2.670.500,00
2006	$408.000,00	$204.000,00	14	$2.856.000,00
2007	$433.700,00	$216.850,00	14	$3.035.900,00
2008	$461.500,00	$230.750,00	14	$3.230.500,00
2009	$496.900,00	$248.450,00	14	$3.478.300,00

2010	$515.000,00	$257.500,00	14	$3.605.000,00
2011	$535.600,00	$267.800,00	13	$3.490.343,67
2012	$566.700,00	$283.350,00	14	$3.966.900,00
2013	$589.500,00	$294.750,00	14	$4.126.500,00
2014	$616.000,00	$308.000,00	14	$4.312.000,00
2015	$644.350,00	$322.175,00	6	$1.933.050,00
2016	$689.454,00	$344.727,00	9	$3.102.543,00
2017	$737.717,00	$368.858,50	14	$5.164.019,00
2018	$781.242,00	$390.621,00	14	$5.468.694,00
2019	$828.116,00	$414.058,00	14	$5.796.812,00
2020	$828.116,00	$414.058,00	14	$5.796.812,00
		Total retroactivo		**$71.622.768,67**

Ahora bien, respecto del retroactivo pensional causado a favor de la demandante ELIZABETH SOCHA PINTO se debe indicar que el mismo corresponde al causado entre el 21 de febrero de 2010 hasta el 31 de marzo de 2015, el cual asciende a la suma de $20.296.958, monto al cual se le debe restar el pago por Colpensiones en la Resolución GNR 77999 de 2015 por $9.100.300 conforme al certificado de pagos emitido por la demandada a folios 149 a 152 y aceptado por la parte actora a folios 124 a 126, lo que arroja una diferencia total de $ 11.196.658, la cual resulta superior a la calculada por la a quo y como este punto específico no fue apelado por la parte actora y se estudia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, no será modificado. Las operaciones aritméticas realizadas se discriminan en la siguiente liquidación:

Retroactivo a favor de Elizabeth Socha Pinto				
año	**Valor mesada**	**50% mesada**	**No mesadas**	**Total**
2010	$515.000,00	$257.500,00	12,33	$3.175.833
2011	$535.600,00	$267.800,00	14	$3.749.200
2012	$566.700,00	$283.350,00	14	$3.966.900
2013	$589.500,00	$294.750,00	14	$4.126.500
2014	$616.000,00	$308.000,00	14	$4.312.000
2015	$644.350,00	$322.175,00	3	$ 966.525
		Valor retroactivo		**$20.296.958**
		Valor pagado		**$9.100.300**
		Total retroactivo		**$ 11.196.658**

Se advierte en todo caso, que el computo correspondiente a la suma de $14.774.424.00 por concepto del 50% de la mesada pensional que le fue suspendida

a esta demandante, se encuentra calculado en debida forma, pues este debía ser cancelado por la accionada y una vez suspendió el pago a la hija beneficiaria, debía incrementarse en un 100% tal como lo indicó la a quo.

Por otro lado, respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, la Sala de Decisión debe indicar que estos no son procedentes conforme al precedente vertical establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien en sentencias CSJ SL685-2017 y SL1479-2018, consideró que "*no se está en presencia de mora en el pago de mesadas completas, sino de diferencias derivadas de la reliquidación de la prestación, la preceptiva del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable, lo cual se ha reiterado en sentencias de la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 30852, 27 jun. 2012, rad. 42785, y 6 mar. 2013, rad. 39028*", dado que la pensión de sobrevivientes fue reconocida de manera administrativa por Colpensiones mediante resolución GNR 262828 del 14 de julio de 2014 previo a la presentación de la demanda; pero en todo caso se ordenará la indexación del retroactivo pensional al momento de su pago.

Así las cosas, se modificará el ordinal primero de la decisión de primer grado, para en su lugar condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandada JENNY MARCELA MORENO SOCHA, la suma de $71.622.768,67, debidamente indexado al momento de su pago, por concepto del retroactivo pensional por sobrevivencia, causado por el fallecimiento del señor CARLOS ARTURO MORENO JAIMES. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

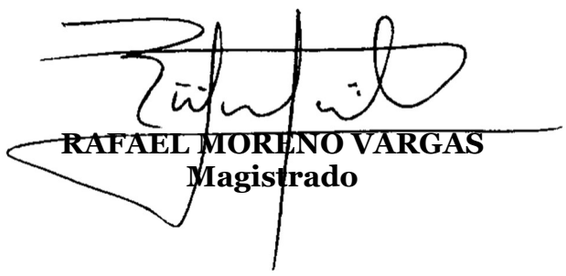
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 12 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a JENNY MARCELA MORENO SOCHA, la suma de $71.622.768,67, debidamente indexado al momento de su pago, por concepto del retroactivo pensional causado por el fallecimiento del señor CARLOS ARTURO MORENO JAIMES, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la aludida sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.