



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA 4 DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Tres (03) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GILBERTO CUEVARA ALVAREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS. RAD. 110013105-037-2018-00059-01.

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 dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral el 17 de enero de 2022 por medio de la sentencia STL258-2022 (Rad. 60902), la cual deja sin efecto alguno la sentencia del 26 de marzo de 2019 proferida por la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal y ordenó proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal.

Como cuestión preliminar al cumplimiento de la citada sentencia proferida por el Alto Tribunal en sede de tutela, conviene traer a colación una serie de eventos de orden procesal ocurridos una vez esta Sala de Decisión mediante fallo de segunda instancia, el 26 de marzo de 2019, revocó la decisión de primera instancia de conceder la nulidad del traslado de régimen pensional del demandante y absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas. De este modo, se pasa a memorar, en detalle, las actuaciones posteriores:

1. Fallo de Segunda Instancia inicial u original: 26 de marzo de 2019;
2. Se interpuso recurso de casación por parte del demandante.
3. El 25 de julio de 2019 el demandante presentó acción de tutela contra el fallo de 26 de marzo de 2019 para efectos de que se revocara la decisión proferida por esta Sala de Decisión.

4. El 31 de julio de 2019 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la acción de tutela, en atención a que estaba pendiente por resolverse sobre la admisión del recurso extraordinario de casación interpuesto.
5. El 20 de agosto de 2019, se concedió por parte de esta Sala Cuarta de Decisión el recurso de casación, de modo que fue remitido a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
6. El demandante presentó desistimiento del recurso de casación el 10 de febrero de 2020, siendo aceptado por el Alto Tribunal el 29 de septiembre de 2020.
7. Seguidamente, el actor interpuso nuevamente acción de tutela contra la decisión de segunda instancia proferida por esta Sala, siendo repartida a la Sala de Casación Laboral, pero esta se declaró impedida por haber conocido previamente del proceso (aceptó el desistimiento del recurso extraordinario de casación) y por ello remitió la tutela a la Sala de Casación Penal.
8. La Sala de Casación Penal admitió el asunto el 14 de octubre de 2020 contra esta Sala y dictó sentencia el 03 de noviembre de 2020 donde dispuso dejar sin efecto el fallo proferido por este Tribunal el 26 de marzo de 2019 y ordenó emitir una nueva decisión de remplazo.
9. La decisión le fue notificada a esta Sala Cuarta de Decisión en el mes de diciembre de 2020, en vísperas de la vacancia judicial, por lo que se solicitó el expediente, que aún estaba en poder de la Sala de Casación Laboral en atención al desistido recurso de extraordinario casación, siendo remitido el 27 de enero de 2021, misma fecha en la que se procedió a dar cumplimiento al fallo. Tal decisión luego de surtirse la notificación respectiva, ello se remitió al juzgado de origen el 04 de marzo de 2021.
10. Mientras tanto, la decisión de tutela de primera instancia proferida por la Sala de Casación Penal fue impugnada por COLPENSIONES y, por ende, fue remitido el expediente a la Sala de Casación Civil, órgano colegiado que mediante auto del 26 de noviembre de 2021 declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la tutela que había adoptado la Sala de Casación Penal y ordenó retornar las actuaciones a la Sala de Casación Laboral, tras considerar que no había lugar al impedimento presentado en razón a no se había adoptado una decisión de fondo en el asunto.
11. La Sala de Casación Laboral, en cumplimiento de lo anteriormente dispuesto, admitió nuevamente la tutela y una vez notificaron al Despacho del Magistrado Ponente, se procedió a remitir por correo electrónico oficio indicándose al respecto que el tribunal no contaba con expediente y que en cumplimiento de la sentencia de tutela de primera instancia proferida por la Sala de Casación Penal se había expedido la decisión del 27 de enero de 2021 en remplazo de la del 26

de marzo de 2019, siendo remitida la copia de la decisión. De ello se acusó recibo por parte de la Secretaría de la Sala de Casación Laboral.

12. Pese a lo anteriormente mencionado el 17 de enero de 2022, la Sala de Casación Laboral, ordenó dejar sin efecto el fallo proferido el 26 de marzo de 2019, ordenando emitir una nueva decisión de remplazo, por lo que procede esta Sala Cuarta de Decisión a su cumplimiento, previas las advertencias anteriores.

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera por parte de la Sala Cuarta de Decisión Laboral que esta última decisión (enero 17 de 2022), anuló y/o dejó sin efectos la sentencia de remplazo que se profirió el 27 de enero de 2021, decisión que, por demás, según se evidencia del expediente remitido en esta oportunidad por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá ya fue cumplida por la AFP PORVENIR. Empero, en aras de no incurrir en desacato ante esta última decisión de tutela se procederá emitir nuevamente la sentencia en los términos allí indicados.

En esa dirección, se resolverán los recursos de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 06 de febrero de 2019 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, al igual que se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones por el resultado adverso a esta entidad y ser el Estado garante de las obligaciones pensionales que administra, supuesto fáctico con el que se cumple el requisito contemplado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ANTECEDENTES

El señor **GILBERTO CUEVARA ALVAREZ** pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado el 2 de agosto de 1999 al RAIS con la AFP PORVENIR y los diferentes traslados posteriores efectuados dentro del RAIS, por falta de información veraz, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de uno y otro sistema, por cuanto existió un error de hecho viciando su consentimiento, por lo tanto, se declare que la parte actora siempre ha permanecido a RPM advirtiéndole que no existió solución de continuidad en la afiliación; y como consecuencia de las anteriores, se trasladen todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, para que la Administradora de Pensiones Colpensiones reconozca y pague la pensión de vejez a su favor a partir del 02 de enero de 2019.

Como fundamento en lo anterior, en síntesis, manifestó que nació el 2 de enero de 1957, que se trasladó al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. el 02 de agosto de 1999; sin embargo, sólo se le brindaron 15 minutos de asesoramiento, sin explicar de manera completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se

otorgaban tanto en RPM y RAIS, ni las implicaciones del cambio, tampoco se le hizo un estudio de proyecciones a futuro de su situación particular. Alega que al momento del traslado contaba con 924,71 semanas cotizadas ante el ISS. Informa que el 16 de junio del 2000 efectuó traslado de la AFP PORVENIR a la AFP COLPATRIA, la cual sufrió múltiples fusiones al transcurrir los años, quedando como AFP final PORVENIR. Que el 17 de mayo de 2004 suscribió formulario de afiliación ante COLFONDOS, sin asesoría completa y oportuna, toda vez que solo indicó los beneficios. Asegura que el 1º de octubre de 2009 solicitó a ASOFONDOS el traslado de sus aportes de la AFP COLFONDOS al ISS, a lo cual obtuvo respuesta negativa el 9 de diciembre de 2009 por no cumplir con los requisitos necesarios. Que el 19 de octubre de 2012 radicó escrito ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado de régimen como quiera que había sufrido engaño por parte de los fondos privados, la cual fue negada el 19 de octubre de 2012. Que mediante escrito ante la AFP COLFONDOS solicitó traslado de régimen el 15 de agosto de 2014, toda vez que a la fecha de traslado contaba con más de 19 años cotizados ante el ISS, la cual fue negada el 27 de agosto de 2014, al no ser beneficiario del régimen de transición. Asegura que radicó escrito ante COLPENSIONES el 26 de mayo de 2015 solicitando la nulidad del traslado por haber sufrido engaño por parte de los fondos, la cual fue negada el 3 de junio de 2015. Que el 22 de junio de 2016 su AFP le realizó un pre cálculo de mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional en donde se le indicó que la suma asciende a \$1'940.000, posteriormente, a febrero de 2017 la nueva cifra arrojó \$2'060.000 con una tasa de reemplazo 71.47%. Que el 24 de agosto de 2017, solicito ante la AFP PORVENIR que se declare la nulidad del traslado por cuanto contenía vicios del consentimiento de error y dolo, la cual fue negada el 06 de septiembre de 2017. Finalmente, el 05 de septiembre de 2017, COLPENSIONES negó la solicitud de declaratoria de nulidad del traslado (fls. 1 a 27).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, al esgrimir que las afiliaciones a las AFP son plenamente válidas y no se probó el error, fuerza o dolo en la afiliación, además de entenderse que el actor realizó el traslado de manera voluntaria y a la fecha de solicitud del reconocimiento del pago de la pensión no cumple con los requisitos exigidos, por cuanto se deben desestimar las demás pretensiones al no prosperar la inicialmente expuesta. Como excepciones de fondo propuso: «El error sobre un punto de derecho donde no se vicia el consentimiento», «prescripción», «cobro de lo no debido», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (fls. 113 a 117).

La **AFP PORVENIR** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, al precisar que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos de ley, además de no acreditar prueba sumaria siquiera que conduzca a lo deprecado por el actor frente a la omisión de la AFP del deber de información al momento de su vinculación, además de no existir fundamentos facticos ni jurídicos que invaliden o declaren la nulidad de lo actuado. Como excepciones de fondo propuso las de «prescripción» «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin justa causa» y «excepción genérica» (fls. 122 a 126).

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra e indicó que el traslado obedeció al ejercicio de la autonomía de su voluntad, que fue una decisión libre y espontánea, informada y sin presiones tal y como consta en su formulario de afiliación. Formuló las excepciones de fondo denominadas «validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS», «buena fe», «prescripción», «inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A.», e «innominada o genérica» (fls. 143 a 200).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 06 de febrero de 2019, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del traslado del señor GILBERTO GUEVARA ÁLVAREZ que hiciera desde el RPM al RAIS, realizada el 3 de agosto de 1999, y en consecuencia ordenó su afiliación efectiva ante COLPENSIONES, además de condenar a COLFONDOS S.A. a transferir todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación; condenó a Colpensiones a recibirlos y a aceptar el traslado. Finalmente, condenó a Colpensiones al reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez, cuya prestación será efectiva al momento de quedar ejecutoriada la decisión, liquidándolo conforme a lo señalado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Para tal efecto, en primer término citó frente a la derecho a la información, múltiples sentencias de la Honorable CSJ Sala Laboral, en donde determinó que son las AFP quienes están en la obligación de prestar los servicios inherentes a la seguridad social de manera eficiente, eficaz y oportuna, en donde no es solo informar de los beneficios del régimen al cual se pretende trasladar, sino que también los beneficios del régimen del cual se pretende trasladar, indicando las diferencias en el pago de los aportes, las implicaciones y a la vez dar un consejo respecto a la conveniencia o no de trasladarse. Advirtió que si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición, aduce que bajo el entendido de la CSJ SCL, el deber de información debe ser aplicable a todos los afiliados por el cambio de régimen y no solo a quienes circunscriben este beneficio.

En ese sentido, concluyó que le resulta aplicable al actor la obligatoriedad del deber de información, y que al aplicar dicho criterio Jurisprudencial, se evidencia la configuración por lo menos de una expectativa legítima del derecho pensional o que estaba en vía de configuración por la densidad de semanas cotizadas por el actor, pese a que no era beneficiario del régimen de transición, ni por edad ni por semanas, pues nació el 02 de enero de 1957 y al 1º de abril de 1994 contaba con un total de 690.29 semanas cotizadas, equivalente a 13.42 años de servicio. No obstante, al momento de suscribir el formulario de afiliación de traslado ya contaba con un total de 924.71 semanas cotizadas, por lo cual, sí se obligaba al asesor comercial a realizar una asesoría en cumplimiento del deber de información en mejor forma y de manera más detallada, pues para dicho momento solo le faltaban 76 semanas para consolidar el requisito exigido por la Ley 100 de 1993 en su versión original, dando como resultado aconsejarle que el traslado no le resultaba beneficioso. Debido a esta condición particular, no es lógico que no se le hubiera tenido en cuenta que él ya tenía acreditado más del 90% de las cotizaciones exigidas para construir una pensión en el RPM, aspecto que omitió el asesor pues no quedó registro alguno, más allá que un simple formulario de afiliación en donde no hay forma de verificar que dicho aspecto se hubiera tenido en cuenta, pues la información allí consignada, ni siquiera atiende la situación particular del demandante, poniendo en duda que la información ofrecida al demandante hubiera sido veraz y eficaz para la toma de la decisión del traslado. Dado lo anterior, considera que no se cumplió con la carga de la prueba por parte de PORVENIR, y que tampoco se subsana con los traslados realizados por el actor en forma horizontal dentro del mismo régimen, pues en principio no se cumplieron los parámetros legales y principios que rige la seguridad social, además de resaltar que tampoco fue aportado el formulario de afiliación realizado por la AFP COLFONDOS, quien se encontraba en la obligación de remitir dicho documento, y por tal circunstancia particular, no se permitió verificar la forma de cómo se dio la asesoría.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez, sostuvo que en el caso concreto se presentó una situación particular, debido a que se presentó una petición antes de tiempo, determinando que a la fecha se cumplen los requisitos jurisprudenciales pues previo a la sentencia, se acreditó el cumplimiento de la edad, que era el único requisito faltante para acreditar el derecho solicitado por el demandante, puesto que arroja a la fecha un total de 1566 semanas. Advirtió que frente a la fecha del disfrute y al IBL, solamente se haría efectiva hasta que quede ejecutoriada la sentencia y se surtan los efectos de la nulidad del traslado entre regímenes con base en lo dispuesto por el artículo 21 y 34 para el cálculo del monto correspondiente de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación con respecto a la fecha de la prestación efectiva y el disfrute de la prestación pensional, pues alega que ésta claramente se debe establecer a fecha del 02 de enero de 2019, en donde el demandante adquiere el cumplimiento de lo requerido por el RPM, así mismo solicitó la condena en costas ya que se logró establecer la omisión al deber de información por parte de los fondos, el cual fue incompleto e ineficaz.

La apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES, solicitó se revoquen las condenas impuestas, toda vez que los traslados realizados gozan de plena validez, pues las características propias del RAIS no pueden considerarse como errores de hecho. Alega que si bien la Jurisprudencia de las altas Cortes establecen el deber del buen consejo por parte de las administradoras, también lo es por parte del afiliado ya que este debe ser diligente y mostrar interés por su futuro pensional. Enfatizó que en el 2004 el demandante pudo haber retornado a Colpensiones, pero de manera voluntaria realizó traslado horizontal recibiendo una nueva asesoría, que se logró probar que si se dio una eficiente, eficaz y reiterativa; agregó que el demandante confesó que el segundo traslado lo realizó debido a la rentabilidad del fondo, al igual que presentó inconsistencias frente a la realización de las asesorías, pues señaló 3 motivaciones para realizar los traslados afirmando que el ISS se iba a acabar, lo cual no vicia el consentimiento, que le ofrecían mayor rentabilidad, para lo cual señaló la calidad universitaria del actor que lo certifica con una especialidad en el área de finanzas; y finalmente, el hecho de poder pensionarse anticipadamente. Adiciona que el 26 de mayo del 2015, el demandante no solicitó el reconocimiento de la pensión, y que adicional a esto, él no cumplía con los requisitos establecidos en la ley, lo que le imposibilita a la entidad realizar un estudio previo en los términos del artículo 6º del CPTSS, es decir, que se encontraban ante una petición antes de tiempo y frente a la falta de reclamación administrativa, aunado al hecho de que, de declararse la nulidad, el demandante aun no cumpliría con los requisitos para el disfrute de la pensión de vejez, pues no se encontraría desafiliado al régimen de prima media.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada 26 de marzo de 2019 (fl. 219), se cumplió con lo previsto por el numeral 1º 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 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, incluyendo si es del caso, el estudio de la pensión de vejez solicitada.

CONSIDERACIONES

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 2002¹.

Así las cosas, a folio 28 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 02 de enero 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 petición elevada ante Colpensiones el 26 de mayo de 2015 (fl. 152), 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 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba y/o tenía el equivalente a 690.29 semanas cotizadas al ISS (fls. 29 a 45), 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, 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 03 de agosto de 1999 (fl. 152), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR.

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 contexto decisional que se procede a cumplir, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que así lo ordena, 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 integral 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 suficiente y pertinente 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 que se cumple, 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 dato de aquello que resulte relevante para la toma de la 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 hacía el fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, conforme lo decidió la tutela que se cumple, 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 al momento de realizar el traslado de régimen pensional, en los términos aquí referidos, 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 las condiciones pensionales en el RAIS que la acogía o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional frente al del RPM que abandonaba.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 152), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que, del interrogatorio de parte no puede extraerse que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (el 03 de agosto de 1999, fl. 152), 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 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 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, que conforme a la sentencia de tutela que se cumple, 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. De igual forma, es menester precisar, el hecho que el actor hubiese efectuado traslados a otras 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 aportada tanto por COLPENSIONES como por las AFP PORVENIR y COLFONDOS S.A., el accionante reporta para el mes de diciembre de 2011, fecha de su última cotización, un total de 1.566 semanas; de igual manera al haber nacido el 02 de enero de 1957, arribó a 62 años de edad el mismo día mes del año 2019, 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, 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 10. 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 10. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 10. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

Ahora bien, determinada la legalidad del reconocimiento pensional, debe advertirse que en el presente asunto, como lo resaltó el a quo, la edad la cumplió el 02 de enero de 2019, esto es con posterioridad a la fecha de la presentación de la demanda pues ésta se instauró el 31 de enero de 2018 (fl. 94), lo que permite inferir que el aludido requisito no se encontraba cumplido en sede administrativa, situación que daría lugar a la prosperidad de la excepción de petición antes de tiempo, no obstante, considera la Sala

que en estos particulares casos se debe ceder a la formalidad por el respeto y garantía de los derechos y principios que rigen la seguridad social, y ante el evento de la clara configuración de los requisitos pensionales debe reconocerse la prestación, solución que resulta ser más benéfica no solo a la parte actora sino al mismo ente de seguridad social demandado, pues evita a los sujetos procesales y al Estado un desgaste innecesario en sede administrativa y luego, eventualmente, judicial, con los mayores costos que ello implica y además sacrifica el derecho fundamental pensional de alguien que ya no está activo laboralmente, al menos desde el año 2011, dejándolo entonces en una situación de indefensión absoluta pues no puede entrar a disfrutar de un derecho que ya adquirió y con el cual, en el contexto descrito, resulta necesario proteger pues con él se garantiza la subsistencia no sólo del aquí demandante sino de su núcleo familiar en condiciones dignas, pues es claro que de dicha prestación es que van a derivar su congrua subsistencia.

Recuérdese que es obligación del juez garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales en los términos del artículo 48 del C.P.T. y de la S.S., por lo que evidenciada la configuración de un derecho sustancial de naturaleza irrenunciable en los términos del artículo 48 constitucional, no puede simplemente el funcionario apearse a una solución formal obviando el cumplimiento de los requisitos sustanciales para acceder a la pensión de vejez, pues actuar de dicha forma es desconocer de manera clara los principios que rigen la seguridad social que exigen actuar con eficiencia en forma universal y de forma solidaria, por lo que someter el debate sobre el reconocimiento pensional a una nueva instancia administrativa en la que el reclamo frente al derecho ya se encuentra agotado, redundaría en perjuicio de los derechos del afiliado y de la propia entidad.

Además, acoger esta tesis, no solo resulta favorable a la parte actora en garantía de su derecho sustancial, también resulta favorable para la entidad quien también obviara el estudio en sede administrativa, y claramente da lugar a la absolución de derechos conexos como lo son los intereses moratorios, pues no puede deprecarse mora en el pago de las mesadas pensionales cuando se configuró el derecho en curso del presente proceso.

Además, como argumento de refuerzo, se advierte que la parte actora de forma clara y expresa también solicitó la prestación en el libelo introductorio como pretensión principal, razón por la que la entidad si tuvo los elementos de juicio necesarios para pronunciarse frente a tal petición, sin que eventualmente pueda señalarse que se vio sorprendida.

En ese sentido, la prestación deberá reconocerse por COLPENSIONES, una vez la AFP COLFONDOS traslade los aportes pensionales objeto del traslado indicado, teniendo como fecha de disfrute el 02 de enero de 2019, 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.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada PORVENIR y 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 resultaron vencidas las AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A., 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.

Con este sentido y preciso alcance, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ STP11384-2020 del 03 de noviembre de 2020 (Rad. 113240), y en virtud de lo discurrido es por lo que se ha de **modificar** 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

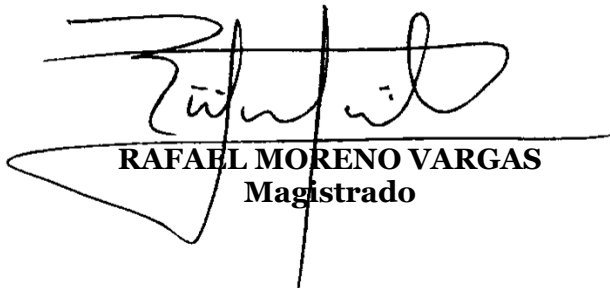
SEGUNDO: MODIFICAR el ORDINAL QUINTO de sentencia de primera instancia en el sentido de precisar que COLPENSIONES, deberá reconocer la pensión de vejez allí ordenada, una vez la AFP COLFONDOS traslade los aportes pensionales del demandante, teniendo como fecha de disfrute el 02 de enero de 2019, calculando 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.

TERCERO: REVOCAR EL ORDINAL SEXTO de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar en costas a las accionadas AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A.

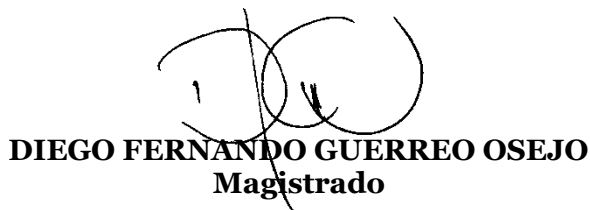
CUARTO: Confirmar la decisión en lo demás. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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 reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERREO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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