

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS
Radicado N° 23-001-31-05-005-2021-00293-01 FOLIO 294-2022**

Montería, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por la parte demandada – ADIMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - contra la sentencia pronunciada en audiencia del 22 julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLORIA PATRICIA GASTELBONDO RIVERA, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora GLORIA PATRICIA GASTELBONDO RIVERA, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PROTECCION a trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, asimismo, sea recibida como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, una vez efectuado lo anterior proceda COLPENSIONES a resolver la pensión de vejez de la actora, en la forma y cuantía determinada por la ley. Por último, solicita se condene en costas y agencias a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- La señora Gloria Gastelbondo Rivera nació el 18 de noviembre de 1969 y prestó sus servicios a la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL del Municipio de Lorica – Córdoba, del 24 de septiembre de 1993 al 30 de septiembre de 1994.

-Durante su vinculación a la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL de Lorica estuvo afiliada al régimen de prima media del sector público del orden territorial administrado por la Caja Departamental de Previsión Social de Córdoba.

- Posteriormente, la señora Gastelbondo Rivera se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. desde 01 de abril del año 2004 hasta la actualidad, sin que se le haya reconocido pensión alguna.

-Nunca recibió información suficiente y clara de las consecuencias del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, no hubo consentimiento informado de manera suficiente.

-Acorde con lo anterior, PROTECCIÓN S.A. al momento de la afiliación al RAIS y durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada, incumplió con sus obligaciones de información y asesoramiento a sus afiliados, consagradas en el Decreto 656 de 1994, en la Ley 1328 de 2009 y en el Decreto 2071 de 2015.

- El 22 de octubre de 2021 la accionante solicitó nuevamente a COLPENSIONES su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida; en la misma fecha anterior COLPENSIONES niega su traslado, con lo cual se agota el requisito de procedibilidad previsto en el art. 6 del C.P.L.

- En fecha del 15 de septiembre de 2021 la demandante solicitó a la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL de Lorica, le certificara el tiempo de servicio prestado en dicha entidad, esta respondió entregando certificación electrónica de tiempos servidos al sector público CETIL, desde el día 24 de septiembre de 1993 al 30 de septiembre de 1994.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando excepciones de mérito.

2.3.1. PROTECCION. Mediante auto adiado el 01 de julio de 2022 el juez decidió tener por no contestada la demanda por parte de Protección.

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficiencia de traslado de régimen, no tener la condición de la afiliada de la administradora colombiana de pensiones, excepción de prescripción, excepción de buena fe, innominada o genérica.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la segunda se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por la extinta Caja de Previsión Departamental de Córdoba que hizo la señora GLORIA PATRICIA GASTELBONDO RIVERA al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS PROTECCION, el 01 de abril de 2004 con efectividad a partir del dos (02) de abril de 2004, como consecuencia de la falta de información. Por lo anterior, condenó a PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada la actora, los gastos de administración que le descontaron al accionante y los demás emolumentos; frente a COLPENSIONES, indicó que deberá mantener la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida de la actora sin solución de continuidad, quedando Colpensiones habilitada para reclamar frente a Protección por las condenas impuestas. Asimismo, PROTECCION deberá devolver su historial laboral a COLPENSIONES para cuando acceda o quiera reclamar un derecho en esta entidad.

Consideró el fallador de primera instancia, que existían varias entidades que pertenecían al régimen de prima media, dentro de las cuales se cuenta la Caja de Previsión Departamental

de Córdoba, conforme al precedente SL 1582 del 5 de abril de 2021 y el artículo 52 de la ley 100, además del artículo 34 del Decreto 692 del 94.

En cuanto a la última solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, el despacho se abstuvo de su declaración, dado que por manifestación propia de la demandante asegura tener 52 años de edad, y aún no ha consolidado el derecho a la pensión, por tanto, no puede el despacho desatar una orden a COLPENSIONES previo al cumplimiento de los requisitos legales, quienes además por mandato expreso de la Ley deben responder a las peticiones que se eleven ante la mencionada entidad.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas y las condenó en costas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Protección

La entidad PROTECCIÓN S.A dentro del término concedido para ello no hizo uso del recurso de apelación.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que el acta de afiliación de traslado efectuado por el demandante deja de presente que la administradora Colpensiones no intervino en ningún momento.

Que el consentimiento de la señora Gloria Patricia Gastelbondo Rivera se produjo de manera voluntaria y libre, además al ser un acuerdo de voluntades este solo involucra a las partes que en el intervinieron, quedando evidenciado que COLPENSIONES fue un tercero ajeno a esas circunstancias, que en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora. Solicita que se absuelva en imposición de condena en costas, habida cuenta que no hay prueba que evidencie el gasto en que incurrió la parte demandante.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS DEMANDANTE

Oportunamente, a través de apoderado, allega escrito donde argumentó lo siguiente:

Le solicito a los señores Magistrados mantener incólume la declaración de ineficacia del traslado realizada a la señora GLORIA PATRICIA GASTELBONDO RIVERA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro con solidaridad, esta solicitud se basa en las normas legales y el desarrollo jurisprudencial que se ha venido sosteniendo por este alto Tribunal, el cual ha acogido dichas disposiciones y ha tenido en cuenta la obligatoriedad del deber de información y la carga de la prueba en cabeza del fondo de pensiones.

Para ello traigo a colación, la Sentencia de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil once (2011), proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, Rad. No. 33083, Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, en la cual se estableció la importancia del deber de información:

(...).

Por lo tanto, en el caso en cuestión se logra establecer que existe una absoluta ausencia del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento al demandante, previa a su vinculación en el fondo demandado, que significa que en el caso del peticionario, la entidad demandada no obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa al sistema de seguridad social, al tenor del literal a) del artículo 2° de la ley 100 de 1993.

El fondo de pensiones demandado, en el caso del demandante, ni siquiera se ocupó de brindarle asesoría e información directa a través de un representante suyo, atinente a lo que para él traería como consecuencia el traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, cuando ha debido hacerlo, empleando para ello los recursos técnicos y administrativos de que disponía, con el objeto de que éste pudiera disfrutar de los beneficios a que da derecho la seguridad social de manera “...adecuada, oportuna y suficiente...”, como lo ordena la última norma sustantiva citada.

(...)”

5.2. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Reitera los argumentos expuestos como fundamento del recurso de alzada y allega sustitución de poder.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** sí existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PROTECCION en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** Si opera la prescripción.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación del régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, (...) De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses*

*que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.* | 1

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema es pertinente traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS

y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron

documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

*“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que **desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.***

*Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.
(...)*

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima”.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que la señora GLORIA PATRICIA GASTELBONDO RIVERA efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION, el 01 de abril de 2004 con efectividad a partir del dos (02) de abril de 2004.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION SA. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), carga probatoria que no cumplió en el caso estudiado, por tanto, ha de concluirse que la AFP PROTECCION no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte actora se afilió inicialmente a la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, entidad que pertenecía al régimen de prima media acorde con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL2696-2022, MP Dra. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema anunció:

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.

De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).

Con fundamento en lo expuesto se comprende que, en este caso, la vinculación de la accionante a la AFP Horizonte S. A. mediante formulario el 30 de noviembre de 1995 se trató de un traslado de régimen pensional.”

6.4. En lo atinente a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

*“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, **bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD**”*

Acorde con lo expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS, por omisión del deber de información por parte de PROTECCION, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliado únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibido como afiliado a la administradora COLPENSIONES por ser la que administra el mismo.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PROTECCION SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida.

Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (…)”

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir al actor como afiliado a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

6.5. Propuso Colpensiones la excepción de prescripción, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

(...)

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

6.6. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PROTECCION se opusieron a las pretensiones además de proponer excepciones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas, además por la réplica de la parte actora.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en genera

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Reconózcase personería a la Doctora LIDA MARCELA MACHADO PETRO como apoderada sustituta de COLPENSIONES y acorde con las facultades otorgadas en el poder allegado en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 348-22
Radicación n.º 23 001 31 05 004 2021 00286 01

Acta 29

Montería (Córdoba), quince (15) de marzo de dos mil veintitrés
(2.023)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 09 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **FERNANDO DÍAZ VERGARA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de la referencia, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. El señor FERNANDO HENRIQUE DÍAZ VERGARA presentó demanda ORDINARIA LABORAL contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con la finalidad de que se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado

en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, modificado por el párrafo transitorio 4º del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005. Asimismo, se ordene a la demandada reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990.

Igualmente, solicita se condene a Colpensiones a liquidar la prestación pensional, desde el día en que se hizo exigible, tomando como ingreso base de liquidación, los dos últimos años de cotización hasta la última semana. Además, se condene al pago de los intereses moratorios y se falle atendiendo los principios extra y ultra petita.

1.2. Las pretensiones precedentes, se sustentaron en el siguiente sustrato fáctico:

- Aduce que en la actualidad cuenta con 71 años de edad, asimismo, que se vinculó laboralmente al sector público desde el 1º de diciembre de 1972 hasta el 30 de marzo de 1978 con el municipio de Ciénaga de Oro, en cargo de agente de tránsito.

- Expone que continuó laborando para el Ministerio de Agricultura desde el 01 de abril de 1981 hasta el 30 de abril de 1993, cotizando un total de 621 semanas.

- Indica que completó un total de 241,57 semanas cotizadas en el sector privado.

- Asimismo, señala que el tiempo de servicio comprendido entre el 01-12-1972 hasta el 30-03-1978, no aparece cotizado en el Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy Colpensiones.

- Aduce que, a la fecha cuenta con 71 años de edad y 1.163 semanas validas de cotización para las contingencias de invalidez, vejez y muerte, ante el ISS en liquidación hoy Colpensiones.

- Expone que mediante Resolución No. SUB 28983 de fecha 08 de febrero de 2021 se le niega el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

- Agrega que, mediante Resolución No. SUB 84124 de fecha abril 06 de 2021 y Resolución No. DPE4485 de 2021 se confirma en todas sus partes, la resolución que niega el derecho

II. TRÁMITE PROCESAL.

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la contestó oportunamente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que carecen de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes. Asimismo, manifestó no constarle unos hechos y ser ciertos aquellos referentes a las peticiones que fueron elevadas ante dicha entidad.

Propuso como excepciones, las denominadas *“excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas y falta de causa para demandar”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “prescripción” y “la innominada o genérica.*

III. FALLO APELADO

Mediante proveído de fecha agosto 09 de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, declaró no probadas las excepciones de mérito propuesta por la parte demandada, excepto, la excepción de prescripción que encontró parcialmente probada. Asimismo, declaró que la parte demandante tiene derecho a que la accionada, le reconozca y pague una pensión de vejez a partir del 04 de noviembre de 2017, en la suma de \$737.717,00 asimismo, condenó al pago del retroactivo pensional de las mesadas causadas desde el 04 de noviembre de 2017 hasta el 31 de julio de 2022.

Igualmente, condenó al pago de intereses moratorios y que se efectuaran los descuentos de salud acorde con la ley.

Como fundamento de lo anterior, inicialmente trajo a colación el artículo 36 de la ley 100 de 1993, indicando que el demandante a fecha 30 de junio de 1995 tenía la edad de 45 años, es decir, que el demandante cumplía con el requisito de edad para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Asimismo, citó el parágrafo 4to del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia- indicando que, sumadas las semanas cotizadas por el demandante, se tiene que completó un número de 895.71, superando las 750 semanas antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Igualmente, señaló que, si bien existen tiempos de servicios públicos que no reposan en la historia laboral de Colpensiones, a sus voces, dichos tiempos pueden acumularse con las semanas debidamente cotizadas, ello con fundamento en la sentencia SU769 de 2014 reiterada en la sentencia SU057 de 2018.

Seguidamente, entró a estudiar lo relativo a los requisitos para acceder a la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, concluyendo que el actor cumplió los 60 años de edad en el mes de febrero de 2010, además completó más de 1.000 semanas cotizadas.

Aunado a lo anterior, estimó que el demandante podía disfrutar de la mesada pensional desde el día siguiente, esto es 1º de septiembre del año 2011. En cuanto al ingreso base de liquidación, estimó que debía liquidarse conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993, asimismo, señaló que la mesada pensional debía liquidarse conforme al salario mínimo legal mensual vigente.

En lo atinente al retroactivo pensional, entró a estudiar la excepción de prescripción, indicando que, las mesadas causadas con anterioridad al 7 de noviembre de 2017 hacia atrás, se encuentran prescritas, condenando al pago de \$57.678.997,00 por concepto de retroactivo pensional.

Por último, en lo atinente a los intereses moratorios, estimó que, los mismos comenzarían a correr a partir del 05 de mayo de 2021, data a partir de la cual la demandada incurrió en mora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, señalando básicamente que, para aplicar las disposiciones del régimen de transición, el causante debió proyectar una expectativa legítima pensional, la cual debió adquirir con anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; es de manifestar que el acto legislativo 01 de 2005 señaló que el régimen de transición no podrá extenderse más allá de 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen además tengan cotizados 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio a la entrada en vigencia del mencionado acuerdo legislativo, la cual se mantendrá hasta el año 2014, por lo tanto, observamos que, la última reclamación realizada por el demandante fue para el año 2016, por lo tanto, no tendría derecho ya al régimen de transición, ya que la misma ley, determinó un tiempo para realizar todas estas acciones.

Igualmente señaló que el señor Fernando Díaz Vergara no es beneficiario del régimen de transición, ya que no cumple con las semanas estipuladas, así tampoco, cumple con las semanas para la pensión de vejez que establece la ley 100 de 1993, en su artículo 33 y que fue modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y en esos parámetros, no se le podría reconocer la pensión conforme al régimen de transición y

teniendo en cuenta que, apenas tenía un cúmulo de semanas que no alcanzaba las requeridas para dicho reconocimiento.

Aunado a ello, indicó que Colpensiones presentó una denuncia al señor Díaz Vergara, teniendo en cuenta una inconsistencia presentada en unos tiempos públicos en el Ministerio de Salud y Protección Social para el 04 de mayo de 1993 al 28 de febrero de 1999, así entonces, éste no cumple con lo estipulado en las normatividades vigentes para el reconocimiento de la pensión, ahora, en el caso en que se determine lo contrario, solicita se aplique la prescripción desde el año 2020, ya que desde 2016 en adelante, habían transcurrido más de 3 años.

Asimismo, indicó que Colpensiones debía salvaguardar los dineros, por ende, no le era dable al existir una inconsistencia en los tiempos de servicio, que éste entrara a conceder ese derecho pensional, por ende, solicita se estudien todos estos puntos.

V. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

5.1. Mediante auto adiado 22 de septiembre de 2022, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención del apoderado judicial de Colpensiones, quien básicamente reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada. Por su parte, el actor guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Del grado jurisdiccional de consulta de sentencia

De entrada, se advierte que esta Sala de oficio deberá desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

6.2. Problema jurídico

Escrutado el recurso de apelación, surge nítido para la Sala que, nos compete estudiar los siguientes puntos nodales de la litis:

- Inicialmente, analizaremos si la denuncia penal que interpuso Colpensiones contra el demandante, interfiere o no en la resolución del presente asunto.

- Si el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Asimismo, si dicho régimen se le hizo extensible al demandante, dado que, a voces del recurrente, el actor no cumple con el número de semanas para hacerlo extensible a diciembre de 2014, además, la reclamación del derecho se hizo en el año 2016, cuando ya había perdido vigencia el régimen de transición.

- Además, analizaremos si el demandante cumple con los requisitos para acceder al derecho pensional deprecado.

- Estudiaremos igualmente, si operó el fenómeno de prescripción en este asunto desde el año 2020, y no desde el 2017 como lo dispuso el a quo.

6.3. De la denuncia penal que alega el recurrente.

Atendiendo el orden de importancia de los aspectos discutidos en el recurso de apelación, tenemos que insiste el recurrente que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, interpuso denuncia penal contra el demandante por unas inconsistencias reflejadas en unos tiempos públicos presuntamente laborados en el Ministerio de Salud y Protección Social, por ende, a sus voces, arguye el citado apoderado que no hay lugar a que se reconozca el derecho pensional deprecado por la parte actora, empero, en contraste a ello, se considera

que este argumento no es óbice para que esta Sala entre a verificar si el demandante cumple o no con los requisitos para acceder a la pensión, más aún cuando, ha sido criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que el juez laboral no puede supeditar su decisión a la resolución de un asunto penal.

“Por lo mismo, no debe el juez del trabajo esperar la resolución del juicio penal, ni supeditar su decisión a que ese juicio exista o no. En consecuencia, es en este proceso donde se rompe, en ese marco y para los precisos efectos de la contratación laboral, la presunción de inocencia del artículo 29 de la Carta Política”¹.

Y aun cuando lo anterior basta para restarle prosperidad a este punto de censura, debe decirse que, dentro de los hechos de la demanda no se hace alusión a los tiempos de servicio sobre los cuales, pregona la aludida administradora se encontraron inconsistencia, por esta razón, nada impide que se haga un estudio pormenorizado sobre el derecho pensional que hoy se pretende.

6.4. Del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la ley 100 de 1993

Entraremos a estudiar si el señor Díaz Vergara es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, norma que enseña, en lo referente a los hombres, como es el caso, que será beneficiario del mismo aquel que a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley 100 de 1993 cumpla cuarenta (40) o más años de edad, o quince (15) o más años de servicios cotizados.

Acotado lo anterior, de la cédula de ciudadanía del cuaderno digital de primera instancia, se tiene que el actor nació el día 03 de febrero de 1950, lo que indica que, al 30 de junio de 1995 (fecha entrada en vigencia para los servidores del nivel departamental, distrital y municipal), contaba con 45 años de edad, sin que exista duda que inicialmente sería

¹ Sentencia del 17 de mayo de 2001, radicada bajo el número 15744, la cual fue reiterada en la sentencia del seis (6) de marzo de dos mil doce (2012), radicación 42167, M.P. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

beneficiario del régimen de transición, empero, no puede la Sala dejar a un lado que conforme parágrafo 4 del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, 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, esto es, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendrá el régimen de transición hasta el año 2014.

Habida cuenta de lo descrito en precedencia, es del caso disertar si el señor Fernando Henrique Díaz Vergara, cuenta con 750 semanas a la fecha de entrada del acto legislativo en mención, dado que, el vocero judicial de la parte demandada en el recurso de alzada, argumenta que éste no cumple esa densidad de semanas, lo que imposibilita extender la transición a 2014.

En ese orden de ideas, encontramos en el expediente, la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL, en donde consta que el demandante laboró para el municipio de Ciénaga de Oro, desde el día 01 de diciembre de 1972 hasta el 30 de marzo de 1978, completando un total de 274,29.

Asimismo, se denota de la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL, que el señor Díaz Fernández, laboró para el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA en Liquidación desde el 01 de abril de 1981 hasta el 30 de abril de 1993, esto es un total de 621,43

Tiempos que, sumados, nos arrojan un total de 895.71 semanas cotizadas, tal como se muestra a continuación:

	DÍAS	SEMANAS
Municipio de Ciénaga	30	4,29
	30	4,29

[illegible]

[illegible]

[illegible]

	30	4,29
	30	4,29
	30	4,29
	6270	895,71

En este punto debemos clarificar que es posible la acumulación de tiempo de servicio a favor del estado, independientemente si fue cotizado o no, para efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Sobre este punto ha precisado la Corte Constitucional en la sentencia SU-769 de fecha 16 de octubre de 2014, lo que a la letra pasamos a reproducir:

“En la jurisprudencia constitucional está claro que debe operar la acumulación de semanas cotizadas en el sector público y en el sector privado para el reconocimiento de la pensión de vejez de aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición y que solicitan la aplicación del citado acuerdo². Sin embargo, es preciso aclarar qué sucede cuando dicha acumulación se pretende sobre las semanas laboradas en el sector público, pero respecto de las cuales el empleador no efectuó ninguna cotización o no realizó el correspondiente descuento.

La Sala Plena considera que la circunstancia de no haberse realizado las cotizaciones no implica que no pueda aplicarse la misma regla jurisprudencial de acumulación antes señalada. Lo anterior, por cuanto antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los casos de los empleados en entidades públicas, eran estas las que asumían la carga pensional y exoneraban a los trabajadores del pago de las prestaciones”.

Y en el mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional, en la sentencia SU-057 de fecha 31 de mayo del año 2018, en donde se estableció lo siguiente:

“Finalmente, en la Sentencia SU-769 de 2014, en la que se resolvió la situación jurídica de una persona de 62 años de edad a quien se le negó el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez -a la que estimaba ser acreedor- por cuanto Colpensiones desconoció la posibilidad de contabilizar los tiempos cotizados a entidades diferentes al ISS. Ante esa perspectiva, la Corte realizó un análisis del

² Casos previamente reseñados referentes a las sentencias T-398 de 2009, T-583 de 2010, T-760 de 2010, T-093 de 2011, T-334 de 2011, T-559 de 2011, T-637 de 2011, T-714 de 2011, T-019 de 2012, T-100 de 2012, T-360 de 2012, T-408 de 2012, T-543 de 2012, T-145 de 2013, T-476 de 2013, T-493 de 2013 y T-596 de 2013.

precedente jurisprudencial desarrollado hasta el momento, gracias al cual reiteró y unificó la postura jurisprudencial sobre la posibilidad de contabilizar los tiempos cotizados con independencia de a qué administradora se hubiera hecho el pago de la cotización.

La providencia en mención precisó, para no dejar lugar a dudas ni a otras interpretaciones, las siguientes reglas jurisprudenciales:

“9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez. De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no sólo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional”. (Subrayado fuera de texto original).

En suma, esta Corte ha concluido que, para efectos del reconocimiento de pensión de vejez bajo el régimen de transición, no sólo es posible, sino que es un deber de las

Administradoras de Fondos de Pensiones acumular los tiempos de servicios que el trabajador haya efectivamente cotizado sin que resulte viable consideración alguna respecto de si estas fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales o alguna otra administradora (pública o privada)”.

Acorde con el criterio jurisprudencial en cita, se tiene que, el período laborado por el demandante en el municipio de Ciénaga de Oro y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, a pesar de no haber sido cotizado al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones, y ser tiempos públicos, deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento del derecho pensional.

Se sigue entonces señalar que, de la historia laboral expedida por Colpensiones que milita en la página 77 del expediente digital, se denota que el demandante laboró para la empresa EMPOCOR S.A. desde el 01 de abril de 1978 hasta el 31 de agosto de 1980, completando un total de 126,29 semanas cotizadas. Lo cual deja entrever que antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el actor si tenía semanas cotizadas a su favor en dicho fondo de pensiones.

Así las cosas, y una vez sumados los tiempos antes aludidos, se tiene que el señor Fredy Díaz, a fecha 29 de julio de 2005, completó 1.025 semanas, por tanto, el régimen de transición se le hacía extensible a diciembre de 2014.

Lo anterior, nos habilita para estudiar el reconocimiento de la pensión con fundamento en lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

6.5 De la pensión de vejez, artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En este punto, impele traer a colación el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma que a la letra establece:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”

Acompasando la norma acotada al sub judice, no existe duda que el señor Díaz Fernández cuenta con el requisito de edad que consagra la norma, pues, como quedó consignado, nació el 03 de febrero de 1950, cumpliendo los sesenta (60) años de edad el mismo día y mes del año 2010.

De igual manera, en lo que concierne al número de semanas exigidas, tenemos que el demandante cuenta con 1.025 semanas, siendo beneficiario de la pensión deprecada.

Ahora bien, en lo atinente al monto de la pensión, se confirmará la sentencia en cuanto a este punto, ello si tenemos en cuenta que la mesada pensional fue calculada en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente y este aspecto no fue objeto de reproche o censura por la parte demandante, además, por prohibición legal el monto de la mesada pensional no puede ser inferior al mínimo.

6.6. De la causación y disfrute del derecho pensional.

Procede la Sala a continuación a determinar a partir de cuándo debe reconocerse la pensión de vejez rogada, y partimos señalando que a la luz de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el decreto 758 de la misma anualidad, la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional, pero será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma. De ahí que, esta norma exija la

desafiliación por parte del afiliado para que entre a disfrutar el derecho pensional, porque tal como lo ha plasmado esta Judicatura en reiteradas oportunidades puede pasar que, una vez causado el derecho, el afiliado opte por seguir cotizando a fin de engrosar su monto pensional.

No obstante a lo anterior, ha precisado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que, si bien los citados artículos exigen la desafiliación del sistema para que pueda disfrutarse del derecho pensional, sin embargo, ante ciertas situaciones particulares, la aplicación de dichos preceptos debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen en el plenario, verbi gratia, cuando confluyen en el afiliado el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión y ha dejado de efectuar cotizaciones al sistema. En el caso bajo estudio, encontramos que el actor cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional el 3 de febrero de 2010, es decir, para esa data se causó la prerrogativa pensional y realizó su última cotización el 31 de agosto de 2011, de ahí que, el disfrute de la misma surge a partir del 01 de septiembre de la misma anualidad.

6.5. Del número de mesadas que debe reconocerse al demandante.

Debemos identificar cuantas mesadas pensionales debe recibir el demandante, así las cosas, sea del caso traer a colación el inciso 8º del artículo 1 del acto legislativo 1 de 2005, que fue adicionado en el artículo 48 de la C.P., en donde se indica:

“Inciso adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 1 de 2005. 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”.

Asimismo, el parágrafo transitorio 6º del canon 48 de la Constitución Política, establece:

“...Parágrafo transitorio 6o. parágrafo adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 1 de 2005. 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...”

Lo referido sin duda, da cuenta que por regla general a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, no podrá recibirse más de 13 mesadas pensionales, salvo que, perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si dicha pensión se causa antes del 31 de julio de 2011.

En ese orden, si observamos la pensión reconocida al actor es inferior a los 3 salarios mínimos, aunado a ello, se causó antes del 31 de julio de 2011, le asiste derecho al señor Fernando Díaz Fernández a que se le reconozcan 14 mesadas pensionales.

6.6. De la excepción de prescripción.

Sabido es que el derecho a la pensión no prescribe, empero, no corren la misma suerte las mesadas pensionales que se verán afectadas por el fenómeno de la prescripción. Sobre este tema debe decirse que, cuando se trata de una prestación que tiene causación periódica, la prescripción no se debe entender por una sola, sino que, en estos eventos, se pueden presentar múltiples interrupciones. Así lo ha dejado entrever la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia STL6203 de mayo 11 de 2022, radicación No. 66580, en donde sobre el particular, se reiteraron algunas sentencias, así:

“En la sentencia STL6208-2017, en la que sobre el particular dijo lo siguiente:

En el criterio de la Sala, los errores anteriores tuvieron su origen en que la corporación accionada olvidó que, si bien la interrupción de la prescripción se da por una sola vez, en el caso de las mesadas pensionales, que son de naturaleza periódica y causación progresiva, el beneficiario puede legítimamente presentar reclamaciones respecto de cada mesada, en orden a interrumpir, también en forma individual, el fenómeno prescriptivo.

Es relevante señalar que, sobre dicho tópico, esta Corte se pronunció en la sentencia SL-794-2013, en la que se precisó:

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida en que la causación es diferente.

En la misma línea, en la sentencia CSJ SL4222-2017 se señaló:

La pensión de naturaleza laboral es una de las obligaciones calificadas como de ‘tracto sucesivo’, por cumplirse las prestaciones que de ella se derivan bajo cierta periodicidad, es decir, de manera continuada por mesadas o mensualidades, generalmente, hasta el cumplimiento del plazo o condición a que se hubiere sometido, si es temporal; o hasta el fallecimiento del trabajador o de sus sobrevivientes, en caso de ser vitalicia y aún susceptible de ser sustituida.

Y por contar con la naturaleza de obligación de ‘tracto sucesivo’ es por lo que es dable atribuir la imposibilidad de prescribir el derecho que de ella dimana, pues ésta, como ocurre con el contrato civil de renta vitalicia (artículo 2300 Código Civil) --que en la mayoría de sus características a ésta se asemeja--, no comporta una prestación única de ejecución instantánea, o fraccionada o diferida a su vez en prestaciones parciales y fragmentarias, último caso para el cual es posible acelerar su plazo o caducarlo bajo ciertos supuestos, y, por tanto, hacerla exigible en su totalidad por ser al final una sola, sino, cuestión bastante distinta, una pluralidad de prestaciones que se causan a medida que transcurre la periodicidad por la que están regidas, básicamente, por la sobrevivencia de su titular según se ha dicho, por manera que, siendo una pluralidad de prestaciones que se ejecutan a medida que transcurre el tiempo, y no única prestación susceptible de ejecutar en un sólo momento, cada una de tales prestaciones constituye un acto autónomo frente a las demás y, por ende, un acto ‘exigible’ en su particular período, momento o fecha de causación.”

Así entonces, el demandante presentó reclamación administrativa el día 07 de marzo de 2016, y el acto administrativo que negó su derecho pensional le fue negado mediante Resolución No. GNR 144654 de mayo 17

de 2016 y notificado el día 23 de mayo de 2016; por tanto, el término prescriptivo le fue interrumpido con esa primera reclamación, por lo que, tenía hasta el 23 de mayo de 2019 para presentar la demanda, empero no lo hizo.

Ahora bien, conforme el criterio jurisprudencial antes señalado, tenemos que, por tratarse de una prestación de tracto sucesivo en donde se pueden presentar múltiples interrupciones, el actor nuevamente presentó reclamación administrativa el día 04 de noviembre de 2020, con la finalidad de interrumpir la prescripción de las mesadas que se causaron dentro de los tres (3) años anteriores, así las cosas, al haber sido presentada la demanda el 16 de noviembre de 2021, se entiende que las mesadas causadas con anterioridad al 04 de noviembre de 2017 se encuentran prescritas.

Lo anterior, nos lleva confirmar la decisión en cuanto a este punto.

6.7. Por colofón.

Se confirmará la sentencia apelada, sin imposición de costas en esta instancia, por no haber réplica del recurso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA – CÓRDOBA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 09 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **FERNANDO DÍAZ VERGARA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** radicado bajo

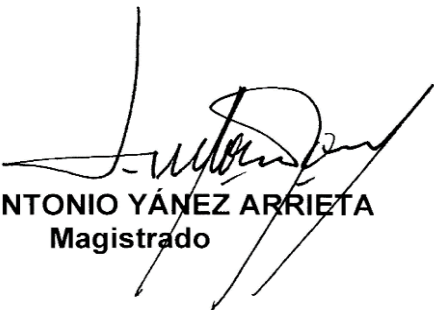
el número **23 001 31 05 004 2021 00286 01 folio 348-22**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado