



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201900464-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PATRICIA ELVIRA GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

PATRICIA ELVIRA GONZALEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con sus aportes, bonos pensionales semanas cotizadas, cualquier suma adicional de la

aseguradora y los rendimientos causados; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado; que y se conceda lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de julio de 1960, que se encontraba cotizando para obtener su pensión desde el 04 de diciembre de 1979, aportes que inicialmente se realizaron al ISS ahora COLPENSIONES, hasta el 28 de febrero de 1997, se trasladó al RAIS, efectuando su primera cotización en 1997, alega la demandante que en ningún tiempo fue asesorada debidamente, siendo persuadida por información errada sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia que le permitiera tomar una adecuada decisión respecto a su cambio de régimen pensional, indicó que el ISS, guardó silencio en cuanto al cambio de sistema y no le suministro ninguna información relacionada con los derechos pensionales. Afirmando que el fondo privado en su afán de lograr su veneficio particular faltó al deber profesional de analizar la situación pensional particular para aconsejar de manera honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado y le vulneró el derecho de pensionarse bajo la condición mas favorable, que fue inducida al cambio omitiendo información relevante que afectaría su futuro pensional, ya que, no le brindaron una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros al abandonar el RPMPD.

Finalmente, adujo que, el 10 de octubre de 2018, solicitó a PORVENIR S.A., 11 de octubre de 2018, solicito ante COLPENSIONES solicito la nulidad de la afiliación, con respuesta negativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, la innominada o genérica (fls. 145-146).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 123 - 125).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., el 14 de enero de 1997, con base en la falta al deber de información por parte de PORVENIR S.A.; señalando como consecuencia de tal declaración que PORVENIR S.A., debe trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hayan causado; ordenó COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante y a reactivar la afiliación de la actora en el RPMPD, el cual se declara es el único al que en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia que decreta la ineficacia del traslado y no se condene en costas a la entidad, argumentando que la declaratoria de ineficacia del traslado vulnera y quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que la entidad no puede asumir el arrepentimiento de la demandante, habiendo ejercido el derecho a la libre escogencia, ya que, no existió prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad, sobre todo por su permanencia en RAIS, por tantos años, que la decisión vulnera las leyes relacionadas con el régimen pensional y que las conductas desplegadas por la entidad siempre fueron de buena fe y conforme a derecho.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, presentó recurso de apelación con el fin de que sea revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas y cada una de las condenas propuestas a PORVENIR S.A., y se condene en costas a la parte demandante. Argumentó que la información que se le brindó a la actora, fue completa, clara y comprensible, a la luz de la ley vigente para la época del traslado, que habla de impedir o atentar, lo que supone un dolo que no se encuentra demostrado dentro del proceso; que, al formulario de afiliación no puede restársele valor probatorio, pues, cumple con los requisitos legales, y es prueba de la manifestación voluntaria de la demandante, para trasladarse de régimen pensional, así las

cosas, mal podría sancionarse a esa Administradora, por cumplir con lo establecido en la ley; que, para la época de traslado de la demandante, no existía exigencia adicional al diligenciamiento del formulario de afiliación, para acreditar la información brindada al posible afiliado; además, la demandante contaba con el derecho de retracto. Finalmente alega, que no es procedente que la demandante adujera que el hecho de ser empleada del banco Popular y que la AFP PORVENIR S.A., hiciera parte del mismo grupo empresarial, incidiera en trasladarse de régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos legales, PORVENIR S.A. solicito que se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado.

Por su parte, COLPENSIONES, peticiono que se le absuelva ya que no se probaron los vicios de consentimiento, afirma que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas al momento de suscribir la afiliación, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 11 de octubre de 2018 y su respuesta el 18 de octubre de la misma anualidad (fl 45 a 52).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la

nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 20 de julio de 1960 (fl. 30); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 04 de diciembre de 1979 y el 28

de febrero de 1997, 795,71 semanas (fls 146 a 148); iii) que el 14 de enero de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., (fl, 132) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada.

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1997, cuando se encontraba trabajando para el banco Popular, como Gerente de Cuenta, a su oficina llegaron sus jefes y reunieron a varios empleados en un salón, donde se encontraban varios asesores de PORVENIR S.A., quienes llegaron de forma rápida, les diligenciaron los formularios y ella procedió a firmarlo, que se sintió presionada porque PORVENIR S.A., es del grupo empresarial de Luis Carlos Sarmiento, el mismo al que pertenece el banco Popular, que no les brindaron ningún tipo de asesoría, que no le informaron que podía realizar aportes voluntarios al fondo individual, tampoco la diferencia de los aportes efectuados en COLPENSIONES y PORVENIR S.A., que desde el año 2012, no recibe información de su cuenta individual de ahorro, por último, manifestó que se sintió engañada por parte de PORVENIR S.A., por lo tanto, decidió cambiarse a COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora PATRICIA ELVIRA GONZALEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos

que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a PORVENIR S.A., el 14 de enero de 1997.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de PATRICIA ELVIRA GONZALEZ.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por

la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **PATRICIA ELVIRA GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

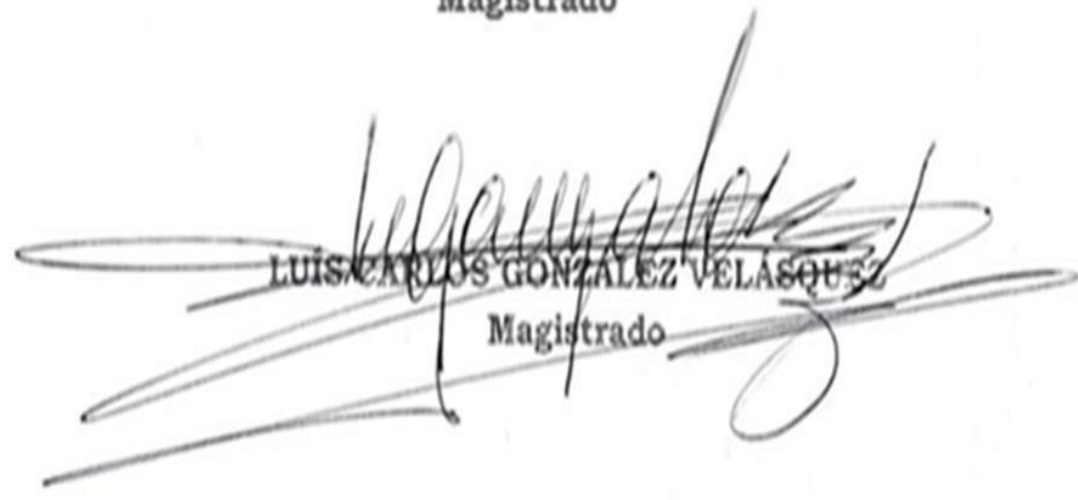
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022201900066-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: TRASLADO RÉGIMEN PENSIONAL y Pensión Familiar.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de los demandantes en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EMMA NOEMI MARTINEZ Y JOSE EDUARDO CAMARGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a la Doctora Amanda Lucia Zamudio Vela, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 51.713.048 de Bogotá, abogada en ejercicio portadora de la Tarjeta Profesional No. 67612 del C. S. de la J.

ANTECEDENTES

EMMA NOEMI MARTINEZ Y JOSE EDUARDO CAMARGO, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con el fin de que los aportes realizados por estos a COLPENSIONES sean trasladados a la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, esta última les otorgue la pensión familiar desde el 27 de junio de 2016, con el respectivo retroactivo

pensional. los intereses moratorios, así como las costas que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, cuando entro a regir la ley 1580 de 2000, los demandantes tenían más de mil (1.000) semanas cotizadas en cualquier tiempo, que la suma de las cotizaciones del matrimonio MARTINEZ de CAMARGO, es de mil cuatrocientas cincuenta y nueve (1459) semanas, que tienen derecho a la pensión familiar desde el 26 de junio de 2016, con el respectivo retroactivo pensional y los intereses moratorios. Indicaron que, nacieron el 01 de septiembre de 1949 y 26 de junio de 1954, respectivamente; que contrajeron nupcias el 25 de diciembre de 1976, que para el 31 de diciembre de 2014, más de mil ciento cincuenta (1.150) semanas de cotización, que para la fecha de instaurada la demanda contaban con 69 y 64 años, respectivamente; que se encuentran afiliados al SISBEN, en el nivel uno (1), que el 23 de agosto de 2016, mediante comunicación No. 1482, el Programa Subsidio Aporte en Pensión PSAP-FSP “Colombia Mayor” le informó a la señora EMMA NOHEMY MARTINEZ, la desvinculación de programa por haber cumplido el límite de la edad (65 años), de igual manera a través de oficio No. 2129, el programa notificó al señor JOSE EDUARDO CARGO TORRES, que a partir del 01 de agosto de 2015, ya no podía seguir siendo beneficiario, por haber cumplido el límite máximo de semanas subsidiadas permitidas por la ley, para continuar en el programa; que según COLPENSIONES, la señora EMMA NOHEMY MARTINEZ, tiene un total de setecientas cincuenta y dos con cuarenta y tres (752,43) semanas cotizadas y el señor JOSE EDUARDO CAMARGO TORRES, setecientas siete con veintinueve (707,29) semanas.

Finalmente, afirmo que, el 19 de diciembre de 2016, solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión familiar y el traslado de régimen a PORVENIR S.A., el cual fue contestado por la entidad, el 19 de diciembre de 2016; que el 23 de diciembre de 2016, solicitó a COLFONDOS, la afiliación y el reconocimiento de la pensión familiar, el cual fue contestado por la entidad, el 29 de diciembre de 2016; que el 23 de diciembre de 2016, solicitó a PORVENIR S.A., la afiliación y el reconocimiento de la pensión familiar, el cual fue contestado por la entidad, el 07 de junio de 2017, que el 25 de mayo de 2017, interponen tutela en contra de PORVENIR S.A., y mediante sentencia del 09 de junio de 2017, el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, tutelo el derecho de petición y requirió a PORVENIR S.A., para que se pronunciara frente al traslado de régimen solicitado, dando respuesta la entidad el 28 de junio de 2017 a través del radicado No. 0200001144415600. (fls 73-81)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las

pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (fls 94-132).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión familiar a cargo de porvenir por ausencia de los requisitos establecidos en la ley, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación. (fls. 154-161)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar probadas las excepciones de mérito de inexistencia del derecho para trasladarse al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, propuestas por Colpensiones; negar la totalidad de las pretensiones de la demanda y las costas a cargo de los demandantes y en favor de las demandadas. Agencias $\frac{1}{2}$ SMLMV.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, PORVENIR S.A. solicita la confirmación del fallo en primera instancia, ya que se demostró que los demandantes no se encuentran vinculados, conforme a la apreciación del operador de primera instancia le asiste razón que los demandantes no acreditaron 5 años de convivencia antes de cumplir 55 años. Es así que los demandantes se encuentran válidamente vinculados a COLPENSIONES y están inhabilitados para trasladarse de régimen por cuanto se encuentran a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión en el RPM.

Entre tanto COLPENSIONES, solicito su absolución porque al verificar el acervo probatorio se puede concluir que los demandantes no cumplen con la totalidad de los requisitos esgrimidos por la ley 1580 de 2012, toda vez que la demandante solo contaba con el 25% de las semanas cotizadas antes

de los 45 años, esto es 137,57 semanas y el cónyuge 0 semanas, por tanto no es procedente el otorgamiento de la pensión familiar en el RPM. Además se encuentran dentro de la prohibición de trasladarse de régimen.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo a lo establecido por el Ley 100 de 1993 literal e) del artículo 13 de la norma., así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, de negar el traslado de los demandantes del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., así mismo se verificará si los demandantes cumplen o no los requisitos para ser beneficiarios de la pensión familiar prevista en la Ley n.º 1580 de 2012, reglamentada por el Decreto n.º 288 de 2014.

GRADO DE JURISDICCION POR CONSULTA

Es claro que, según los presupuestos legales, en cuanto al grado de jurisdicción por consulta, que se emite al superior jerárquico de quien emite la sentencia el código procesal del trabajo y de la seguridad social reza en su artículo 69 que:

“Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”. (...)

(...) También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. (...)

En sentencia C 424 de 2015 la corte constitucional, dijo:

Se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión

oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.

Al respecto, dado que la sentencia de primera instancia absolvió a la entidad demandada, y no hubo recurso alguno en contra del fallo, el juez recurre a accionar el grado de jurisdicción por consulta, donde este colegiado deberá revisar el fallo según reza la norma, para corregir cualquier error en que haya podido incurrir el a-quo,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 19 de febrero de 2016 (Fls. 20 - 21) y su respuesta el mismo día (Fls. 22 – 23).

TRASLADO DEL REGIMEN PENSIONAL

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

Así mismo la ley 797 de 2003, dispone:

“e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

Partiendo delo anterior, se tiene acreditado que la señora EMMA NOEMI MARTINEZ, nació el 1 de septiembre de 1949 (F.º. 13), es decir, que la edad de los 57 años los cumplió en el año 2006, por ello, conforme lo anterior ella

debió solicitar el traslado el traslado el 1° de septiembre de 1996 y solo lo hizo hasta el 19 de febrero de 2016, ante Colpensiones (Fls. 20 - 21), el 27 de diciembre de 2016, ante Colfondos S.A., y el 27 de diciembre de 2016, ante PORVENIR S.A. (Fls. 24 – 51), es decir, que su solicitud de traslado es extemporánea, por lo tanto, no es procedente.

Ahora bien, en lo que respecta del señor JOSE EDUARDO CAMARGO, se tiene acreditado que nació el 26 de junio de 1954 (fl 14), es decir, que los 62 años, los cumplió el 26 de junio de 2016, por ello, conforme lo anterior el debió solicitar el traslado el 26 de junio de 2006, en este punto se reitera que los demandantes, solo lo hicieron dicha solicitud hasta el 19 de febrero de 2016, ante Colpensiones (fls. 20 - 21), el 27 de diciembre de 2016, ante Colfondos S.A., y el 27 de diciembre de 2016, ante PORVENIR S.A. (fls. 24 – 51), se reitera que, dicha solicitud de traslado es extemporánea, por lo tanto, no es procedente.

Así las cosas, este punto de la sentencia se confirmará.

PENSIÓN FAMILIAR

Conforme al artículo 1.° de la Ley n.° 1580 de 2012, mediante la cual se adicionó un nuevo capítulo al título IV, libro I, de la Ley 100 de 1993, la pensión familiar está definida como aquella prestación que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges, o de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen solidario de prima media con prestación definida, o el régimen de ahorro individual con solidaridad, y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, previo el cumplimiento de todos los requisitos individuales contemplados en el artículo 151C *ibídem*, para el caso del primer régimen pensional mencionado, y reglamentados en el artículo 2.° del Decreto n.° 288 de 2014, a saber:

- a. Estar afiliados ambos cónyuges o compañeros permanentes al régimen solidario de prima media con prestación definida, al momento de la solicitud pensional.*
- b. Haber cumplido los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, contemplada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, siempre que dicha indemnización no hubiese sido pagada.*
- c. Sumar entre los potenciales beneficiarios, como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al artículo 9.° de la Ley 797 de 2003, que reformó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.*
- d. Haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, con base en el año del cumplimiento de la edad, conforme a la tabla que fue descrita en el decreto como criterio orientador.*

e. Haber acreditado 5 años de relación conyugal, o convivencia permanente. Este literal fue estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-504 de 2014, y en virtud de tal pronunciamiento fue excluido del ordenamiento jurídico el requisito de iniciar la convivencia permanente antes de haber cumplido la edad de 55 años.

f. Estar clasificados en los niveles I y II de la encuesta SISBEN, al momento del cumplimiento de la edad pensional, de acuerdo con las cohortes definidas por el Ministerio del Trabajo, los cuales fueron reglamentados con la Resolución n.º 1708 del 13 de mayo de 2014, estableciendo que de 0 – 41,90 corresponde a nivel I.

En el presente caso, se tiene que los demandantes acreditaron los requisitos contemplados en los literales a), b) c), e) y f), concretamente, *i*). La afiliación al régimen de prima media con prestación definida según las historias laborales que reposan en el plenario (Archivo 02 Exp. Advo.); *ii*). Las condiciones del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, de edad pensional y no cuentan con las semanas mínimas para acceder a una pensión de vejez por cuanto, a ninguno de los dos, cumple por separado las exigencias de densidad de semanas a la luz de lo estatuido en la Ley 797 de 2003; *iii*). La acumulación del número mínimo exigido para la pensión de vejez regulada por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, toda vez que al contabilizar las semanas cotizadas, de uno y otro cónyuge, se tienen 748,14 semanas cotizadas por EMMA NOEMI MARTINEZ (Archivo 02 Exp. Advo) y 707,29 semanas cotizadas por JOSE EDUARDO CAMARGO (flsº 10 a 25), de lo que se obtiene un total 1.455,43 semanas; *iv*). La acreditación de más de cinco (5) años de convivencia permanente, pues tal situación se deriva de del registro civil de matrimonio donde se suscribió que los demandantes se casaron 25 de diciembre de 1976 el visible a (Fº 42) y, *v*). Al momento del cumplimiento de la edad pensional, los demandantes se encontraban en el régimen subsidiado Nivel socioeconómico 1º (Fls. 15 – 16).

No obstante lo anterior, no es posible predicar la misma situación respecto del supuesto previsto por la norma en el literal d), ya que tal como lo advirtió el *a quo*, EMMA NOEMI MARTINEZ, nace el 1 de septiembre de 1949, quiere decir que para cuando alcanzó los 45 años, esto es 1º de septiembre de 1994, debía tener 268,75 semanas, no obstante, revisada la historia laboral para ese momento solo tenía 137, 57 semanas, de ahí que no era viable que acumularan el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.

En lo que toca al señor JOSE EDUARDO CAMARGO, nace el 26 de junio de 1954, quiere decir que para cuando alcanzó los 45 años, esto es 26 de junio de 1999, se constató que para dicha fecha no se encontraba aun cotizando en el sistema general de pensiones de ahí que no era viable que acumularan el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.

Requisito este que no podría obviarse en los términos solicitados en la demanda, como quiera que la disposición legal en cita no admite interpretaciones diversas a la derivada de su tenor literal; además se encuentra vigente y no ha sido declarada inconstitucional.

De manera que, al no acreditarse los requisitos exigidos por la Ley n.º 1580 de 2012, reglamentada por el Decreto n.º 288 de 2014, no es viable acceder al reconocimiento de la pensión de familiar y, por lo mismo, habrá de confirmarse la sentencia absolutoria, objeto de grado jurisdiccional de consulta conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **EMMA NOEMI MARTINEZ Y JOSE EDUARDO CAMARGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

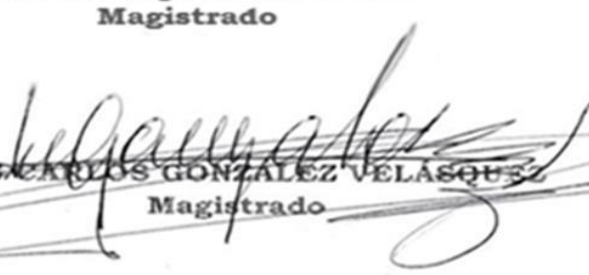
SEGUNDO: Sin COSTAS en la Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202000396-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 06 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **WILLIAM EDUARDO DIAZ GUERRERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES al Doctor Javier Ramiro Castellanos Sanabria identificado con la cedula de ciudadanía Núm. 1.020.714.534 de Bogotá D.C. y T.P. No 237.954 del H.C.S de la J, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 19 al 24.

ANTECEDENTES

WILLIAM EDUARDO DIAZ GUERRERO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorado equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS;

y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarlo a COLPENSIONES, junto con los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas o gastos de administración, debidamente indexados y que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual del cotizante, sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de seguro de invalidez y sobrevivencia o de deterioros sufridos por el bien administrado, así como al pago de los perjuicios materiales, ocasionados con el traslado de régimen, por lucro cesante, representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondía en el régimen de prima media con prestación definida y el valor de la mesada pensional que le corresponde en el régimen de ahorro individual con solidaridad, proyectada hasta su expectativa de vida, que se condene a PORVENIR S.A., al pago de los perjuicios materiales, ocasionados con el traslado de régimen por daño emergente, representado en todas y cada una de las comisiones por administración que fueron cobradas al demandante durante el tiempo que estuvo vinculado con dicho fondo y al pago de la diferencia en el valor de la pensión señalada anteriormente, con cargo a sus propios recursos; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 13 de octubre de 1956; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el primero (01) de julio de 1983, que, para el 24 de mayo 2007, se trasladó al nuevo RAIS, cuando fue abordado en su sitio de trabajo por un asesor de PORVENIR S.A., quien para la fecha de afiliación, no ostentaba las calidades de idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado para la labor de ofrecer una afiliación de pensiones, que tendiendo la falta de información por parte del asesor y sin recibir una explicación de los efectos que enfrentaría por su traslado al régimen, suscribió el formulario de vinculación al RAIS, faltando PORVENIR S.A., a su obligación legal de información, ya que, nunca dio a conocer las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco suministró la información suficiente, amplia, completa y comprensible, correspondiente al nuevo Régimen de Ahorro Individual. De igual modo, tampoco se hizo una comparación de los regímenes pensionales, ni se indicaron sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas de su traslado y nunca se proporcionó información relevante que le permitiera escoger en ese momento, la opción más favorable a su situación pensional, que el fondo privado PORVENIR S.A., de ningún modo, cumplió con su obligación de suministrar la información completa y clara que comprendiera todas las etapas del proceso de traslado de régimen desde la antesala de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional en el RAIS. Indicó que 12 de marzo de 2020, PORVENIR S.A., realizó una simulación pensional e el cual se concluyó que recibiría una mesada pensional en el RAIS de \$1.232.900, a la edad de 63 años y que mediante calculo actuarial efectuado por Contadora Pública, procedió a realizar la proyección de la pensión, como si

siguiera afiliado al RPMPD, tomando como fecha del reconocimiento pensional, el 28 de febrero de 2028, fecha en la que acreditará el requisito de semanas exigidas (1.300) y se estableció el ingreso base de cotización mensual promedio de los diez (10) últimos años y efectuadas las fórmulas correspondientes, concluyó matemáticamente que la pensión legal de vejez RPMPD, para febrero de 2028 arroja un valor de \$7.808.146,75.

Finalmente, afirmo que, mediante correo electrónico del día once (11) de noviembre de 2020, solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional y que, a la fecha de presentación de la demanda, no había recibido respuesta. (CD. fls. 32 a 34)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (CD fl. 107).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa de la obligación y buena fe. (fls. 146 y 147).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y, por lo tanto, siempre estuvo afiliado al RPMPD, con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ordenando a PORVENIR S.A.,

donde se encuentra vinculado actualmente el demandante a trasladar el saldo de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia, argumentando que no está de acuerdo con el análisis que el a quo, realizó al interrogatorio de parte, ya que, el demandante señaló que recibió una asesoría de 15 a 20 minutos, donde únicamente se le manifestó sobre la posible extinción del ISS y que tendría una mesada pensional mayor en el RAIS que en el RPMPD, alegando que esa información se brinda en 5 minutos y que entonces que paso con el tiempo restante, aduciendo que no se puede concluir de manera tajante que no se le brindo la información que genera la ineficacia, cuando no se tiene certeza de las circunstancias mediante la cual se llevó a cabo la asesoría, solicita que se verifique lo que manifiestan los demandantes en los interrogatorios de parte, para que lo mismo sea analizado, menciona que en los interrogatorios de parte, también se evidencia la negligencia de los demandantes frente a consultar su situación pensional y que este no es un caso aparte, pues el actor no exigente en la información que se le brindo, dando a entender que el demandante no estaba interesado en su situación pensional, pero que cuando supera la edad pensional es que se interesa, por lo cual solicita que se tengan en cuenta estas circunstancias, frente a un consumidor financiero que no solo no obstante derecho sino que también no cumple con sus obligaciones.

Indicó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera pues afectan los principios de igualdad y equidad de quienes realmente han efectuado debidamente las cotizaciones ante COLPENSIONES, al otorgar una ineficacia de traslado a pesar de estar inmerso el demandante bajo la previsión legal de la ley 797 de 2003. Por otra parte, considera también, que se le está causando un perjuicio al demandante, ya que, estaría obligado a cotizar más allá de la edad que tiene para lograr pensionarse en el RPMPD. Finalmente, alega que COLPENSIONES, no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico realizado en el 2007, por lo tanto, no tiene por qué verse afectada por las

consecuencias jurídicas del mismo, que únicamente validó el derecho de la libre escogencia de régimen que tenía el demandante.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita que se revoque la sentencia de Primera Instancia, teniendo en cuenta que, no le asiste al a quo, la razón al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, por falta al deber de información, cuando esa Administradora, no estaba obligada a brindar la misma, teniendo en cuenta que, siempre se ciñó a la normativa vigente para la época, la cual, no existía exigencia adicional al diligenciamiento del formulario de afiliación; frente a la devolución de los gastos de administración, indicó que los mismos se realizaron en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto, es contradictorio e injusto el trato diferencial que se le da a los conceptos de la afiliación al RAIS, desconociendo la igualdad y los efectos de una declaratoria de ineficacia. Consideró, que se le está causando un perjuicio grave al demandante en la consolidación de su derecho pensional, pues las semanas que tiene cotizadas en el sistema pensional, están lejos de cumplir con las requeridas en el RPMPD. Por lo anterior, solicita absolver a la entidad de las condenas impuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, requiere que no se le condene por ninguna de las pretensiones incoadas en cuanto a que el demandante tuvo la oportunidad de elegir en cual régimen estar, además de ello si se condena a la entidad afirma que se estaría dando lugar al decremento de sostenibilidad financiera del sistema.

Entre tanto la parte actora peticiona que se confirme la sentencia en primera instancia porque la AFP se sustrae de su deber de información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado, sin que se entienda satisfecho con la simple suscripción del formulario de afiliación, entonces la consecuencia necesaria será, la ineficacia de la afiliación, por existir vicios en el consentimiento, al no contar con los elementos necesarios para tomar una decisión objetiva de su traslado de régimen.

Por último, PORVENIR S.A. solicite se revoque el A Quo, ya que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, se subraya, no le exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleada por los mismos afiliados

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el once (11) de noviembre de 2020 y que, a la fecha de presentación de la demanda, no había recibido respuesta. (fls. 32 a 34 Archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que

su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 13 de octubre de 1956 (fl. 4 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1°. De julio de 1983 y el 30 de junio de 2007, 256,71 semanas (fls. 30 – 31 Archivo 01); iii) que el 24 de mayo de 2007, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1. ° julio del 2007, (fl 27 Archivo 05) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 957 semanas (fls. 29 – 55 Archivo 05)

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte del demandante, quien informó que, para el año 2007, cuando se encontraba trabajando para la empresa Castellanos Equipos Técnicos Castell, en Bogotá, como Subgerente Comercial, lo visitó un asesor comercial de PORVENIR S.A., la cual duro aproximadamente entre 15 a 20 minutos, quien le informó que el ISS, se iba a acabar y, por lo tanto, lo que había cotizado durante su vida laboral lo iba a perder y que la única manera de recuperar esos recursos era trasladarlos a un fondo privado, que en ese caso era PORVENIR S.A., expresa el actor que al no ser un especialista en pensiones atendió la sugerencia y se afilió a dicho fondo; indicó que nunca recibió información acerca de cómo se iba a liquidar la pensión en el RAIS, los aportes voluntarios que podía realizar, ni cómo eran los rendimientos, la diferencia de pensionarse en uno u otro régimen, la edad en que se podría pensionar, que los aportes irían a una cuenta de ahorro individual; que únicamente le dijeron que iba a recibir la pensión con un valor mejor que en el RPMPD, que el motivo por el cual quiere retornar a COLPENSIONES, es por la diferencia económica que existe al pensionarse entre y otro régimen.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos

previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora WILLIAM EDUARDO DIAZ GUERRERO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA S.A. hoy PORVENIR S.A., el 24 de mayo de 2007, la cual tuvo fecha de efectividad el 1.º julio del 2007, es ineficaz.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad

de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de WILLIAM EDUARDO DIAZ GUERRERO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de POVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y

sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **WILLIAM EDUARDO DIAZ GUERRERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

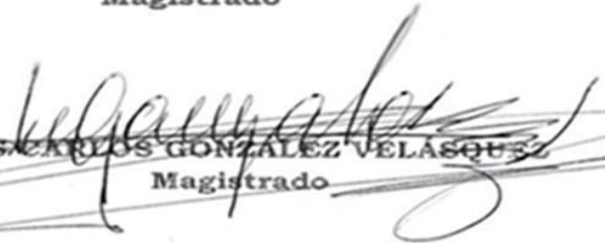
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105018201700669 012

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de sobrevivientes trabajador oficial fallecido en 1989 – ley aplicable.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante, señora **ELIZABETH ORTIZ REYES** y la entidad demanda **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ELIZABETH ORTIZ REYES** en contra del **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES**, con la vinculación como Litis Consortes Necesarios de **JHON MARLON RODRIGUEZ ORTIZ, ILIANA MAYERLY RODRIGUEZ ORTIZ, EDWIN GIOVANNY RODRIGUEZ RODRIGUEZ y ANDERSON ALBERTO RODRIGUEZ ORTIZ** obrando como sucesor procesal de este último, el señor **BRYAN ESTIVEN RODRIGUEZ RUBIO**.

ANTECEDENTES

ELIZABETH ORTIZ REYES, promueve demanda ordinaria laboral en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, en procura de que sea condenado al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su cónyuge, desde la fecha en que se causó el derecho, debidamente indexada, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y lo que resulte *extra y ultra petita*, reconocimiento pensional que ha de concederse al amparo de lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley

100 de 1993. De manera subsidiaria solicita el pago de la indemnización sustitutiva conforme el artículo 37 de la ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor Jaime Alberto Rodríguez Rubio nació el 2 de noviembre de 1932, laboró para FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA desde el 6 de octubre de 1975 hasta el 15 de mayo de 1989 para un total de 13 años, 3 meses y 3 días (4789 días), dicha entidad le efectuaba los respectivos descuentos con destino a seguridad social; luego de la liquidación de esa entidad se creó el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia con el Decreto 1591 de 1989; su esposo falleció el 17 de julio de 1983, a la edad de 50 años, sin cumplir el derecho a obtener la pensión; contrajo matrimonio y convivieron hasta el día de la muerte de éste; en su calidad de cónyuge sobreviviente solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación post-mortem, la cual le fue negada con resolución 038 de 2009, cuya recurso de reposición también fue decidido negativamente con las resoluciones No. 764 del 03 de abril de 2009; no obstante lo anterior, el 15 de agosto de 2014 solicitó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, la cual igualmente le fue resuelta desfavorablemente con resolución 3177 del 15 de diciembre de 2014. (Fls 73-81)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Notificado en debida forma, con escrito de folios 88 a 91, dio contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aceptó los hechos en su mayoría, salvo el relacionado con los aportes realizados por el trabajador fallecido a pensiones, sin que le conste el matrimonio y la convivencia entre la demandante y el causante; y propuso las excepciones de prescripción, buena fe, presunción de legalidad y genérica. En su defensa manifestó que la ley aplicable para este asunto es la Ley 53 de 1945 y el Decreto 3135 de 1968.

INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO

Mediante auto del 30 de agosto de 2018, el Juzgado de Conocimiento ordenó vincular como litis consortes a Iliana Mayerly, Jhon Marlon y Anderson Alberto, así como a Edwin Giovanny Rodríguez Rodríguez (fls. 116-120); y, mediante auto del 31 de mayo de 2019 ordenó integrar en la misma condición al señor Bryan Estiven Rodríguez Rubio, en calidad de sucesor procesal del fallecido Anderson Alberto Rodríguez Ortiz, al ser el hijo de aquél (fl. 135)

Notificados en debida forma, Jhon Marlon Rodríguez Ortiz, Iliana Mayerly Rodríguez Ortiz y Edwin Giovanni Rodríguez Rodríguez, guardaron silencio.

Por su parte, **BRYAN ESTIVEN RODRIGUEZ RUBIO** con escrito a folios 140 a 146, dio contestación a la demanda precisando frente a las pretensiones que no se oponía, y en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, salvo los referentes con la fecha de nacimiento y fallecimiento del causante en tanto la primera corresponde al 10 de marzo de 1955 y la segunda al 17 de mayo de 1989. No propuso excepciones, pero sí solicitó que se le reconozca y pague la pensión proporcional de sobrevivientes conforme a lo establecido en el Decreto 3041 de 1966, junto con el pago de los intereses moratorios y la indexación.

Por auto del 19 de diciembre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Jhon Marlon Rodríguez Ortiz, Iliana Mayerly Rodríguez Ortiz y Edwin Giovanni Rodríguez Rodríguez (fl 129), mientras que por auto del 6 de marzo de 2020 se tuvo por contestada la demanda respecto del sucesor procesal vinculado (fl 150)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de agosto de 2020, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor de la demandante **ELIZABETH ORTIZ REYES**, mayor de edad, identificada con C.C. 30340617, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposo el señor **JAIME ALBERTO RODRIGUEZ RUBIO**, a partir del 21 de junio del 2014, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por 14 mesadas pensionales al año, junto con los incrementos legales a que haya lugar, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCION, en contra de la señora **ELIZABETH ORTIZ REYES**, sobre mesadas pensionales generadas con anterioridad o mejor desde el 17 de mayo de 1989 al 20 de junio del 2014, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCION, respecto de los señores en litis consorte necesario, esto es el señor **JHON MARLON RODRIGUEZ**, **ILIANA MAYERLY RODRÍGUEZ** y el señor **ANDERSON RODRIGUEZ**, quien fuera heredero del causante

y que se hizo parte a través de su hijo en sustitución procesal el señor BRYAN STEVE RODRIGUEZ RUBIO, de acuerdo con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho, en contra del señor GIOVANNY RODRIGUEZ de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: ABSOLVER a demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y de acuerdo con la parte motiva del proveído.

SEXTO: CONDENAR en costas a la entidad demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$1.800.000, a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: *Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, caso de que la parte demandada no apele esta sentencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”* (fls 160-162)

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, tanto el apoderado de la demandante como la apoderada del Fondo demandado interpusieron recursos de apelación, los cuales sustentaron así:

La parte demandante, respecto al monto de la pensión porque el IBL debió calcularse sobre los salarios de las últimas 100 semanas debidamente indexados de ahí que el IBL sería de \$2.069.000 al que al aplicarle una tasa de reemplazo del 45% arroja una primera mesada pensional para el año 2014 de \$931.700; y en cuanto a los intereses moratorios previstos en la ley 100 de 1993 porque aquellos son aplicables a cualquier pensión, aun cuando se haya causado con normatividad anterior a la misma.

La demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que sea revocada la decisión al presentarse una indebida aplicación de la ley para determinar la procedencia de las pretensiones, ya que la ley aplicable es la ley 53 de 1945, por ser una ley especial que determina todo sobre las prestaciones sociales para los trabajadores de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y no el decreto 3041 de 1966, al que acudió el Juzgado, porque este cubre un aspecto muy general frente al tema de pensiones por el cual se reglamenta. Además, el valor de la condena en las costas procesales resulta elevado para este tipo de procesos.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia como quiera que el Fondo demandado realizó una interpretación errónea de las normas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se centra en determinar: **i)** si el ordenamiento que regula el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada por la aquí demandante, corresponde al Decreto 3041 de 1966 como lo concluyó el A quo, o si por el contrario es la ley 50 de 1945 como lo asegura la entidad demandada; **ii)** en caso de confirmar la condena, si hay lugar a incrementar el monto de la primera mesada pensional establecida en la sentencia con base de la indexación de los salarios con los que se calculó el IBL; **iii)** si los intereses moratorios previstos en la ley 100 de 1993 son procedentes; y, **iv)** si las costas impuestas a la demandada deben ser disminuidas. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 A del CPTSS

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – LEY APLICABLE

No fue objeto de discusión por ninguna de las partes en la primera instancia ni en la apelación que el señor Jaime Alberto Rodríguez Rubio (q.e.p.d) falleció el 17 de mayo de 1989, lo cual además se constata con el registro civil de defunción indicativo serial No. 192678 del 18 de mayo de mayo de 1989 obrante a folio 7 del expediente; tampoco se controvierte que laboró para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia un total de 13 años, 3 meses y 28 días comprendidos entre el 6 de octubre de 1975 y el 15 de mayo de 1989 para un total de tiempo servido como trabajador oficial de 4.789 días, lo cual igualmente se corrobora con la carpeta laboral que reposa de folios 27 a 42, en la que además del contrato de trabajo, milita la relación de tiempo de servicios y pagos realizados en vigencia del mismo, sin que se evidencien descuentos a seguridad social o giros realizados por tal concepto a cajas de previsión social o al Instituto de los Seguros Sociales, y menos aún, que se le hubiera reconocido pensión convencional o legal jubilatoria o siquiera satisfecho los requisitos allí exigidos para dejar causado ese derecho, al punto que así se lo hizo saber la demandada al resolver negativamente las solicitudes de pensión post-mortem elevadas por la demandante con anterioridad a este proceso, como se lee en las distintas resoluciones vistas de folios 13 a 26.

Del mismo modo, se halla probado y no es materia de apelación que la actora acreditó la calidad de cónyuge del causante y hacían vida marital para el momento del deceso de aquél, como se desprende del registro civil de matrimonio y las declaraciones extra proceso de folios 3 y 8-12 del informativo.

Bajo tal entendido, toda vez que la normatividad aplicable en los conflictos de pensión de sobrevivientes es aquella que se encontraba vigente para la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, en aras de resolver la alzada, forzoso se muestra acudir a dicho ordenamiento.

Así, dado que el deceso ocurrió el 17 de mayo de 1989, a no dudarlo las normas vigentes que regulaban el asunto correspondían eran los artículos 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 del Decreto 1160 de 1989 el cual reglamentó la mencionada Ley, y en lo pertinente disponen:

“Artículo 3 .- *Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:*

- 1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.*
- 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.*
- 3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.*
- 4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.*

Artículo 11 .- *Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.”*

“Artículo 4º.- *Causación del derecho. Se entiende causado el derecho a una pensión, cuando se reúnan los requisitos señalados para cada caso, en la ley, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral y reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.*

Artículo 5º.- *Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:*
a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.”(Resaltado propio de la Sala)

Ordenamiento del que es fácil concluir que sólo los pensionados o los trabajadores que hubieren reunido los requisitos para adquirir el derecho pensional por parte de su empleador, dejaban causado el derecho para la sustitución pensional, situación que no es la observada en el *sub lite* en la que el trabajador fallecido no contaba con el tiempo requerido en la ley (20 años de servicio) para pensionarse, ni se demostró la existencia de una norma extralegal de la cual fuera beneficiario que contemplara un término de servicio menor como el que tenía laborado.

Entonces, contrario a lo concluido por el fallador de primera instancia, habida cuenta que dentro de esta actuación procesal no se encuentra probado que el señor Alberto Rodríguez Rubio hubiese estado asegurado en el Instituto de los Seguros Sociales en cualquier momento de su vida laboral -bien por cuenta del Fondo demandado, de cualquier otro empleador o, como independiente-, por supuesto que el Decreto 3041 de 1966 *“Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte”* no era el llamado a aplicarse en el presente asunto, al no gobernar la situación pensional del trabajador fallecido, por no estar afiliado al mismo.

En igual sentido, tampoco gobierna este caso la Ley 53 de 1945 *“por la cual se adicionan y reforman las Leyes 1º de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943 y 6ª de 1945, sobre prestaciones sociales a los trabajadores de ferrocarriles y salinas de la Nación”*, como lo solicitara la demandada en su recurso, ya que si bien se trató de una norma especial para el caso de los trabajadores ferroviarios, lo cierto es que la misma se halló derogada por cánones posteriores, que a medida del paso del tiempo fueron regulando las pensiones de los trabajadores oficiales y, en especial, los presupuestos para que operara la sustitución de las mismas, refiriéndose todas aquellas a pensionados, trabajadores que hubiesen dejado causado el derecho pensional, o trabajadores asegurados ante una Caja o ante el ISS.

Recuérdese que la Ley 1 de 1932 otorgó una pensión de jubilación al empleado que cumpliera 55 años de edad y 20 de servicios, y en similar proporción lo consagró el Decreto 1471 de 1932, mientras que el artículo 1 de la Ley 206 de 1938 prescribió para algunos trabajadores ferroviarios la pensión con 20 años de servicios cualquiera que fuera su edad, lo cual aconteció igualmente con algunos trabajadores el artículo 1 de la Ley 63 de 1940, el artículo 3 de la Ley 53 de 1945, el 8 del Decreto 2340 de 1946, el 6 y 7 de la Ley 53 de 1945 y 16 de la Ley 64 de 1946.

Al tema oportuno resulta traer a colación lo dicho por la H. Corte Constitucional en sentencia C-397 del 23 de mayo de 2007, M.P DR. Manuel José Cépeda Espinosa en la que al estudiar la exequibilidad de un artículo de la Ley 53 de 1945, en lo pertinente puntualizó:

“Examinada la evolución histórica de la regulación de las pensiones de sobrevivientes a partir de 1945, constata la Corte Constitucional que desde la expedición de la Ley 53 de 1945 a la fecha, han transcurrido 62 años durante los cuales se han proferido varias normas tanto de carácter especial relativas a la pensión de sobrevivientes para ciertos trabajadores, como regulaciones integrales del sistema de seguridad social en materia de pensiones dentro del régimen general.

Así, por ejemplo, un año después de expedida la Ley 53 de 1945, se profirió la Ley 90 de 1946, que creó el régimen del seguro social obligatorio a favor de “todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.”^[15] En este régimen general, el artículo 59 estableció una pensión vitalicia mensual a favor de la viuda, fuera o no inválida y del viudo inválido,^[16] pero no hizo ninguna referencia al régimen de los trabajadores ferroviarios ni derogó expresamente la Ley 53 de 1945. En todo caso, la Ley 90 de 1946 fue derogada expresamente en 1971.^[17]

La pensión sustitutiva temporal se mantuvo en el régimen de 1961, cuando se expidió la Ley 171 que estableció un régimen general para los “empleados” y en su artículo 12,^[18] la pensión de sustitución a favor de su viuda e hijos menores de 18 años o incapacitados, por dos años después de la muerte del causante. Esta ley tampoco se refirió expresamente al régimen de los trabajadores ferroviarios.

Luego, en 1966, el gobierno expidió el Decreto Ley 3041 de 1966, y estableció a favor de los hijos del pensionado que fueran menores de 18 años o incapacitados la posibilidad de una sustitución pensional, hasta que cumplieran la mayoría de edad.^[19]

En 1968, la regulación expedida por el gobierno con el Decreto Ley 3135 de 1968, mantiene la posibilidad de sustituir la pensión de invalidez o vejez de los trabajadores oficiales y empleados públicos a favor de sus hijos y de la viuda por un período de dos años después de la muerte del causante.^[20] Esta disposición tampoco derogó expresamente la Ley 53 de 1945 y se limitó a derogar tácitamente todas las disposiciones que le fueran contrarias.^[21] Esta misma regla se conservó en la Ley 5 de 1969.^[22]

En 1971, se amplió a cinco años el plazo durante el cual se tenía derecho a gozar de la pensión de sobrevivientes, mediante el Decreto Ley 434 de 1971.^[23] Sólo hasta 1973 se estableció para todos los empleados o trabajadores del sector público, fueran éstos oficiales o semioficiales una pensión de sobrevivientes de carácter vitalicio con la expedición de la Ley 33 de 1973, y se prorrogó automáticamente ese beneficio a las viudas y huérfanos que estuvieran disfrutando ese derecho por 5 años, o tuvieran derecho a él.^[24] Si bien este régimen cobijó también a los trabajadores ferroviarios y de salinas, que tenían el carácter de trabajadores oficiales del orden nacional, no hubo derogatoria expresa de la Ley 53 de 1945.

Es posible concluir que para 1973 la norma que establecía la pensión sustitutiva de carácter temporal para las viudas y huérfanos de los extrabajadores de ferrovías y de salinas dejó de regir al ser derogada por la Ley 33 de 1973. No obstante, dado que la Ley 53 de 1945 estableció un régimen especial que alguien podría considerar que subsistió después de 1973, es necesario tener certeza sobre su pérdida de vigencia, por lo cual la Corte Constitucional continuará haciendo el recuento de la evolución normativa aplicable a la pensión de sustitución.

La transición de pensiones sustitutivas temporales a pensiones sustitutivas vitalicias fue reafirmada por tres disposiciones posteriores. En primer lugar, por el artículo 8º

de la Ley 4ª de 1976^[25] que determinó que quienes tuvieran derecho causado o hubiesen disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, el Decreto Ley 3135 de 1968 y el Decreto Ley 434 de 1971, tenían derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975, esto es, de forma vitalicia. Idéntico contenido normativo fue expuesto en el artículo 1º de la Ley 44 de 1977.^[26] Por último, la Ley 71 de 1988^[27] dispuso la aplicación de la extensión a la modalidad vitalicia de las sustituciones pensionales reconocidas con base en las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, a favor de los hijos menores o discapacitados y a los padres o hermanos en la misma situación que dependieran económicamente del pensionado.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se reguló de manera integral lo relativo al sistema general de pensiones. En su artículo 47, la Ley 100 de 1993 se concedió la prestación de forma vitalicia a favor del cónyuge, la compañera o compañero permanente o supérstite, los hijos menores de 18 años, los hijos entre los 18 y 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y los hijos inválidos.^[28] Aun cuando el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, alude a los sistemas especiales que subsistieron a pesar de la regulación integral en ella contenida dentro de tales excepciones no se contempló el régimen de los trabajadores ferroviarios o de salinas.

En conclusión, con la Ley 100 de 1993 el régimen general integral derogó los sistemas especiales, con excepción de los enumerados en el artículo 279. En dicho artículo no se encuentra la Ley 53 de 1945.

Además, la Ley 797 de 2003, se mantuvo la prestación de forma vitalicia a favor del cónyuge, la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad, y si el cónyuge o compañero es menor de esta edad, será titular de una pensión temporal, la cual se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.^[29] En esta ley se reiteró que, con excepción de los regímenes especiales previstos en el artículo 279, el sistema general de pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esa ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.^[30]

Finalmente, en el Acto Legislativo 01 de 2005 “por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, se estableció que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones y se reiteró que a partir de su vigencia no habrá regímenes especiales ni exceptuados, salvo el aplicable a los miembros de la fuerza pública, al Presidente de la República y los demás establecidos en el mismo ordenamiento, dentro de los cuales no se encuentra el de los trabajadores de ferrocarriles o de salinas.

Del anterior recuento normativo, no hay duda que la disposición acusada no se encuentra vigente ni produciendo efectos. Si bien no ha sido derogada expresamente, las disposiciones expedidas posteriormente han regulado de manera integral el régimen de pensiones aplicable a los trabajadores ferroviarios y de salinas. Mientras estuvo vigente, la disposición cuestionada fue aplicada y su aplicación produjo efectos en situaciones particulares y concretas respecto de un grupo reducido de trabajadores, los trabajadores ferroviarios y de salinas. No obstante, han

transcurrido más de 24 años desde que se estableciera el régimen vitalicio para las pensiones de sobrevivientes para todos los trabajadores, 15 años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y 14 años desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, de tal manera que resulta poco probable que tal disposición siga produciendo efectos en algún caso concreto.”

Y en la sentencia T-692 de 2006, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño, partiendo de la Ley 53 de 1945, también se hizo precisión de la condición que debían ostentar los trabajadores o pensionados fallecidos, es así como indicó:

“...Ha sido extensa y variada la legislación sobre este tema de la sustitución de pensión al cónyuge. Antes de 1988 existía esta legislación:

- Ley 90 de 1946, artículo 59: establece la pensión vitalicia mensual a la viuda, sea o no inválida y al viudo inválido.

-Ley 171 de 1961, artículo 12: la establece para el CONYUGE durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del empleado jubilado o con derecho a jubilación.

-Decreto 3041 de 1966: aprueba el Reglamento del Seguro Social Obligatorio y en su art. 21 habla de la pensión a favor del CONYUGE SOBREVIVIENTE.

-Ley 5ª de 1969 artículo 1º: habla del CONYUGE y ratifica los 2 años de pensión, pero continúa hablando de “empleado”.

-Decreto 433 de 1971: expresamente deroga (art. 67) la Ley 90 de 1946.

-Decreto 435 de 1971, artículo 15: ya habla de TRABAJADOR PARTICULAR y de SU CONYUGE y amplía a CINCO AÑOS.

-Ley 10 de 1972, artículo 10: modifica el anterior en el sentido de que para quienes llevaban dos años de sustitución la prórroga sería hasta completar los cinco.

-Ley 3 de 1973: Esta norma es para trabajadores particulares y para trabajadores oficiales y transforma en vitalicias las pensiones de LAS VIUDAS.

-Ley 12 de 1975: habla de EL CONYUGE SUPERSTITE si el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica, pero con tiempo de servicio.

-Ley 4ª de 1976: extiende al beneficiario los servicios médicos, odontológicos, etc.

-Ley 44 de 1980: facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.

-Ley 113 de 1985: define quién es cónyuge supérstite: “esposo o esposa de la persona fallecida”.

-Ley 71 de 1988: extiende las previsiones de la sustitución pensional y precisa que las normas legales apenas contienen los derechos mínimos.

*En 1988 se expidió el **Decreto 2665 de 1988, artículo 42, literal b**: permite suspender las prestaciones económicas y de salud, por parte del I.S.S., “cuando se compruebe que conforme a los Reglamentos del seguro, no se tenía derecho a ellas”^[6]. Se trata de una norma que suspende los efectos de un acto administrativo proferido con anterioridad y curiosamente incluida dentro de un decreto que expresamente dice en su artículo 103 que se aplicará analógicamente el Código Contencioso Administrativo.*

Con posterioridad al Decreto 2665 de 1988 fue expedida la Ley 100 de 1993 (arts. 46 a 49): reafirma que se concede en forma vitalicia al “cónyuge superviviente,” la pensión de sobrevivientes.

Además de variada, la legislación anterior y posterior a 1988 ha centrado el beneficio en el cónyuge sobreviviente. Cualquier duda que hubiere debe ser resuelta en favor del trabajador o del beneficiario, y, de todas maneras, la norma más favorable debe aplicarse RETROSPECTIVAMENTE.” (Negrillas y mayúsculas originales).”

En suma, ni a la demandante ni al litis consorte convocado a juicio les asiste derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional bajo las normas vigentes al momento del fallecimiento del causante, porque éste no había adquirido el estatus de pensionado, ni cumplido como trabajador 20 años de servicios, pues sólo tenía 13 años, 3 meses y 3 días en los Ferrocarriles Nacionales, sin que sea posible acudir a normas posteriores como la ley 100 de 1993 para reconocer dicha prestación o a reglamentos del Instituto de Seguro Social al cual no se encontraba asegurado, ya que las normas vigentes al momento de su muerte no lo permitían.

En tal orden de ideas, es del caso revocar la sentencia de primera instancia que accedió al otorgamiento del derecho pensional a la luz de un ordenamiento que no regulaba el asunto, circunstancia que impide, por sustracción de materia, el estudio de los reparos efectuados por la parte actora en la alzada, así como los relacionados con la inconformidad de la demandada frente a las costas a ella impuestas, debiéndose absolver al Fondo de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante ante el resultado desfavorable de su recurso y en favor de la demandada. Las de primera instancia se revocan y en su lugar se imponen a la demandante y al litis Consorte que contestó la demanda y elevó solicitudes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ELIZABETH ORTIZ REYES en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, con la vinculación como Litis Consortes Necesarios a JHON MARLON RODRIGUEZ ORTIZ, ILIANA MAYERLY RODRIGUEZ ORTIZ, EDWIN GIOVANNY RODRIGUEZ RODRIGUEZ y ANDERSON ALBERTO RODRIGUEZ ORTIZ siendo sucesor procesal de este último el señor BRYAN ESTIVEN RODRIGUEZ RUBIO, conforme a los razonamientos expresados por la Sala en la parte motiva de esta providencia.

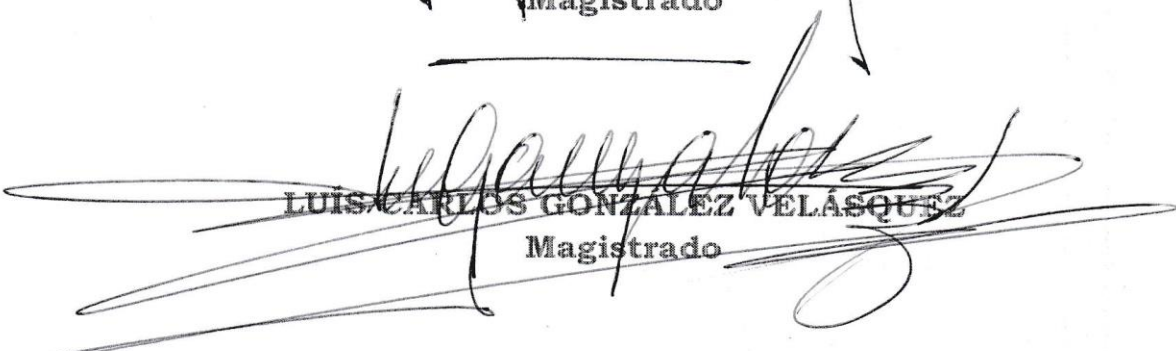
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor del Fondo demandado. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se revocan y en su lugar se imponen a la demandante y al litis Consorte que contestó la demanda y elevó solicitudes.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado