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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA STELLA RAMÍREZ RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

María Stella Ramírez Rodríguez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con

ocasión al fallecimiento de su hijo Yezid Ramírez, a partir de junio de 2019; junto con la indexación de las sumas, los incrementos legales anuales, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 10 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: es madre de Yezid Ramírez, quien falleció el 9 de mayo de 2019, momento para el cual se encontraba afiliado a Protección SA; el causante era soltero y no tenía hijos; la actora dependía económicamente de su hijo fallecido, quien le proporcionaba los alimentos y le ayudaba al pago de la cuota de su vivienda de interés social; la ayuda económica que recibió del de cujus ascendía a $400.000,oo mensuales; como consecuencia del fallecimiento de su hijo, debió recurrir a la caridad para suplir sus necesidades; reclamó ante Protección SA el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa mediante comunicación del 11 de septiembre de 2019, con el argumento de no encontrarse acreditada la dependencia económica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Protección SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha del fallecimiento, la calidad de afiliado del causante, su condición de hijo de la demandante y la respuesta negativa obtenida ante la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación por ausencia de causa de Protección SA en el reconocimiento pensional, improcedencia de intereses moratorios, buena fe, y prescripción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 6 del expediente digital) en la que condenó a Protección SA a reconocer a María Stella Ramírez Rodríguez la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo Yezid Ramírez, a partir del

9 de mayo de 2019, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mesadas pensionales, con los respectivos incrementos legales. Condenó a Protección SA a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 24 de junio de 2019 y hasta la fecha en que se pague la pensión. Absolvió a la demandada de las restantes pretensiones formuladas; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección SA interpone recurso de apelación argumentando que no se probó la dependencia económica de la actora hacia el causante. Indicó que la demandante contaba con otros ingresos diferentes a los que le proporcionaba su difunto hijo, y que no se probó el monto ni la periodicidad de la ayuda que recibía por parte de éste, aunado a que su otro hijo también le colaboraba. Solicitó que se absuelva del pago de intereses moratorios, dado que siempre ha actuado de buena fe y su negativa a reconocer la prestación se sustentó en una investigación realizada por la firma aliada. Añadió que en las pretensiones de la demanda no se incluyó el pago de intereses moratorios, de manera que esta condena va en contra el principio de congruencia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Protección SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

La parte actora también presentó argumentos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, al encontrarse demostrada la dependencia económica hacia el causante.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la Sala a realizar el análisis únicamente de los reparos expuestos por la demandada

en la sustentación de su recurso y que se contraen a la prueba de la dependencia económica de la actora y a la condena al pago de intereses moratorios.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – DEPENDENCIA ECONÓMICA

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que el causante falleció el 9 de mayo de 2019, como da cuenta su registro civil de defunción (archivo 1 del expediente digital) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 75,79 semanas a la AFP Protección SA, conforme se establece con el reporte de semanas cotizadas (archivo 5 del expediente digital). Tampoco es tema de debate que la actora ostenta la calidad de madre del difunto Yezid Ramírez, tal como se observa en el registro civil de nacimiento de este último (archivo 1 del expediente digital); y que la AFP demandada, mediante comunicación del 11 de septiembre de 2019, negó a la accionante el reconocimiento y pagó de la pensión de sobrevivientes aduciendo que no dependía económicamente del causante.

Ahora, considerando la data del deceso del causante, 9 de mayo de 2019, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
> *[…]*
> *d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho,* ***serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;…"***

Es claro que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger a las personas que dependían económicamente del trabajador fallecido y no queden en desamparo, dado el principio de solidaridad que orienta la seguridad social, de tal suerte que puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del trabajador o afiliado que ha fallecido; no es simplemente que éste le dispensara una ayuda, sino que estuvieran sometidos económicamente al causante; y que, en ausencia de éste, se encontraría en desamparo o riesgo su subsistencia. Dependencia económica que, como bien lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia - SCL, no implica que el beneficiario dependa totalmente del causante o que aquel no tenga ninguna clase de ingresos. Así se señaló en la sentencia de 20

de noviembre de 2007, con rad. 31.394:

> *"El tema de la dependencia económica de los padres respecto de un hijo, como requisito para que aquellos puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, con motivo del fallecimiento de éste, y ante la falta de otros beneficiarios con mejor derecho, ya ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia de la Corte, al dejar en claro que ella no desaparece cuando es parcial y complementaria a la de otros ingresos, en cuanto éstos pueden resultar insuficientes para la satisfacción de las necesidades básicas requeridas para sobrevivir".*

Y como lo puntualizó la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo atrás referido, en la sentencia C-111 de 2006, en el sentido que se le tenga que "imponer a los padres la carga de demostrar una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica".

Bajo estas orientaciones, se verificará si la demandante demostró que dependía económicamente de su hijo Yezid Ramírez, es decir, que era quien le ayudaba a proporcionar lo básico para su subsistencia.

Pues bien, fueron aportadas las siguientes pruebas documentales relevantes: i) extractos de crédito hipotecario generados por el banco BBVA, en los que se verifica que, para el año 2019, la accionante presentó mora en el pago de las cuotas; ii) certificación expedida por Aide Trujillo Lozano con fecha 6 de febrero de 2020, en la que hace constar que la promotora de la litis "desde el año 2019 es la cuidadora de mis perros cuyas funciones son alimentarlos, sacarlos a pasear; adicional la señora Stella me colabora realizando diligencias personales por encargo, por lo cual se le reconoce contraprestación"; iii) comunicación del 31 de agosto de 2019, por medio de la cual Fiduagraria le informa a Ramírez Rodríguez acerca de "Suspensión afiliación, y posterior retiro del Programa Subsidio al Aporte en Pensión PSAP, por MORA SUPERIOR A SEIS (6) MESES CONTINUOS en el pago del aporte obligatorio".

También fueron allegados los documentos denominados "INFORME DE INVESTIGACIÓN", de fechas 12 de julio, 6 de agosto y 29 de agosto de 2019, elaborados por la firma Decrim Lawyers Grosup SAS, por encargo de Protección SA, en los que se consignan las siguientes conclusiones:

"9. CONCLUSIÓN

De acuerdo a las labores de verificación realizadas en el presente caso en la ciudad de Bogotá D.C se resalta lo siguiente:

En entrevista realizada a la reclamante ***MARÍA STELLA RAMÍREZ RODRÍGUEZ*** *madre del causante* ***YEZID RAMÍREZ****, manifiesta que dependía parcialmente del causante, le colaboraba económicamente para el sustento del hogar, era un hombre soltero, quien no tuvo hijos.*

De la misma manera en las entrevistas presentadas por la abuela del causante ADELIA RODRÍGUEZ DE RAMÍREZ, tía del causante LILIA INÉS PALMA y FRANCISCO JAVIER ORTEGA CASTRO, los vecinos del causante OLGA ROCÍO PALMA y JORGE LUIS MORENO PÁEZ, confirman la información de la reclamante, siendo asertivo en afirmar que ella dependía económicamente de su hijo YEZID RAMÍREZ.

CONCLUSIONES RESULTADO DE LA AMPLIACIÓN

No era que el causante laborara con una empresa en la venta de mercados, el los compraba por internet, una página de ellas era Merqueo, sobre el salario es difícil saber cuánto recibía, dice su abuela.

Como hasta la fecha no se ha recibido contestación al derecho de petición, se han realizado varias llamadas al móvil de la Administración del Edificio Laura señora MARÍA ROCÍO DÍAZ ANAYA, sin obtener respuesta, la reclamante también se ha desplazado hasta el edificio en procura de hablar con la Administradora, inicialmente le contestó diciendo que le daría respuesta oportunamente, cita a la reclamante pero no la encontró. Ante esta situación se le realiza una nueva petición el día 05 de agosto de 2018, quedando a la espera de su contestación.

El causante le decía abuela vamos a hacer mercado a Colsubsidio, pagaba los servicios públicos que son como $300.000, también pagaba el impuso de la casa, estaba pendiente de la fecha los bajaba por internet, era como el jefe de la casa, era mejor que sus hijos, estaba pendiente de todo, a veces le daba plata, pero para algo especial, era muy de vez en cuando, el compraba y pagaba todo.

El hermano del causante JUAN ERNESTO ALFONSO RAMÍREZ, solo aporta mercado y a veces servicios públicos, esto lo hace desde el año 2015.

Los ingresos del hermano del causante para mayo de 2019 eran: Primera quincena $873.669.00, Segunda quincena $516.098.00.

Se aporta por parte de la reclamante la Autorización de Incapacidades No. 55659635, Fecha de Expedición 11/02/2019, Identidad del Usuario 80015787, Nombre YEZID RAMIREZ, Tipo de Incapacidad General, Código Diagnostico B24X, Días Autorizados 28, Fecha inicio 11/02/2019, Fecha Fin 12/03/2019, Días de la Incapacidad 30, Valor de la Incapacidad $791.137.00, EPS Sanitas. El causante cotizaba como independiente.

Para la fecha de su fallecimiento el causante vivía con su abuela ADELA en su casa en el barrio La Giralda de Fontibón, la reclamante vivía con su hijo menor JUAN ERNESTO ALFONSO RAMÍREZ en el apartamento de Tierra Buena.

CONCLUSIONES SEGUNDA AMPLIACIÓN

Es importante resaltar que, si el empleador no accede a suministrar la información laboral, no es posible por pare del Analista Investigador, adjuntar información alguna.

Ante esta situación se acude a la intermediación de la reclamante, quien en nueva entrevista el día 28 de agosto de 2019, manifiesta que radicó solicitud ante la Administradora del Edificio Laura Liliana, pero le fue manifestado por la señora Administradora, que hasta que no consultara con un Abogado, no dará información laboral del causante.

> *Se entrevistan clientes de la compra de mercados al causante, manifestando que le solicitaba los precios de las promociones al causante, este les enviaba los precios, le hacían pedidos de acuerdo a las necesidades y promociones, les gustaba porque los mercados eran en volúmenes grandes arrobas y productos grandes, no le pagaban ninguna comisión al causante.*
>
> *La reclamante en la entrevista del 28 de agosto de 209, manifestó que respecto a sus ingresos como costurera son $400.000 pesos, en cuanto a la suma que su hijo JUAN dijo en la entrevista que eran $600.000 mil, le pregunta que como iba a decir que ella ganaba $600.000 mil y le contesto que pensó que era más o menos eso, pero lo que recibe son $400.000 mil.*
>
> *En la entrevista del 28 de agosto de 2019, la reclamante manifiesta que es la única incapacidad que tiene es la que aporta, no hay más, aportando nueva copia de la misma.*
>
> *Se adjunta por parte de la reclamante copia de los recibos de pago de servicios públicos del mes de abril de 2019, recibo energía Enel Codensa No. 0413341-9, recibo gas natural No. 434004, recibo acueducto Cuenta 10373956 Factura 32869581218 e imagen PDF de la transacción de pago de Impuesto Predial por Davivienda, la cual fue obtenida del celular del causante.*
>
> *El causante no presenta créditos vigentes en el sector financiero."*

Por su parte, María Stella Ramírez Rodríguez, al absolver interrogatorio de parte, informó que "vive del rebusque", que hace arreglos de ropa y que "si tiene para el desayuno, no tiene para el almuerzo". Dijo que el causante era su hijo mayor, quien en sus últimos años de vida trabajó como portero de un edificio, y que era él quien le proveía la alimentación, le daba para pagar las cuotas del apartamento y para comprar ropa. Aseguró que su otro hijo, de nombre Juan Ernesto, trabaja para pagar sus propios gastos y también le colabora para el mercado. Indicó que ella vive en dos partes: en un apartamento en obra negra que tiene en Tierra Buena, y donde su mamá en Fontibón; Yezid Ramírez vivía en este último sitio.

Se recibió el testimonio de David Fernando Conde Flórez, amigo de la actora y compañero de trabajo del causante, quien afirmó que, para la fecha del deceso, Yezid Ramírez vivía con su mamá (Stella) y con su abuela (Adelia), en Fontibón. Aseguró que el de cujus le colaboraba a la accionante con mercado, con la cuota de un apartamento que tiene en Tierra Buena y con dinero para sus gastos personales; lo cual le consta porque en ocasiones fue él quien, por petición de Yezid Ramírez, le llevó el mercado y el dinero a la accionante, aproximadamente cada 3 meses. Dijo que la actora no trabajaba, se dedicaba al cuidado de la señora Adelia, quien está enferma; después del deceso de Yezid Ramírez, la accionante empezó a rebuscarse con trabajos de costura, paseando perros y acompañando a una señora a sus citas médicas. Indicó que María Stella Ramírez

quedó muy mal después de la muerte de su hijo, no tenía dinero para comprar sus alimentos ni para pagar la cuota del apartamento, incluso, entre amigos y familiares le hicieron una colecta.

En similar sentido, el testigo Juan Ernesto Alfonso Ramírez, hijo de la accionante y hermano del causante, aseguró que este último vivía en Fontibón, en casa de la abuela. Dijo que la actora trabajaba haciendo arreglos de ropa y que los gastos de la casa eran cubiertos, en gran parte, por el afiliado fallecido, quien pagaba la cuota del apartamento, hacía mercado e incluso, le daba al testigo para los gastos de la universidad. Agregó Juan Ernesto Alfonso que él casi no contribuía para los gastos de la casa, debido a que estaba estudiando y prácticamente no le quedaba nada.

La testigo Aidé Trujillo, quien fue compañera de trabajo de la accionante en una empresa hasta el año 2010, afirmó que María Stella Ramírez Rodríguez vivía en Fontibón con su mamá y con su hijo Yezid Ramírez, posteriormente le entregaron su apartamento y se fue a vivir allá, pero también está pendiente de su mamá en Fontibón. Añadió que la demandante desde hace 5 años le colabora cuidando a sus mascotas, haciendo diligencias y los quehaceres de la casa; y le paga de acuerdo con el servicio prestado, a veces $200.000,oo o $300.000,oo, era esporádico, no mensual ni semanal. Agregó que Yezid Ramírez le ayudaba económicamente a la accionante, ya que ésta no tiene un trabajo fijo; la ayuda consistía en darle mercado y plata para pagar la cuota del apartamento, lo cual le consta porque en varias ocasiones le ayudó a cargar el mercado que él le daba. informó que, tras la muerte de su hijo, la Ramírez Rodríguez quedó muy mal económicamente.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se colige que la demandante sí dependía económicamente de su hijo fallecido, como acertadamente lo concluyó el fallador de primer grado. En efecto, si bien se encuentra probado que para la fecha del deceso María Stella Ramírez Rodríguez recibía ingresos esporádicos por su labor como costurera y por los servicios prestados a la señora Aide Trujillo Lozano, lo cierto es que estas sumas resultaban insuficientes para solventar los gastos del hogar, al punto que, posterior al deceso de su hijo, la accionante atravesó por serias dificultades económicas que le impidieron pagar la cuota de su apartamento y el porcentaje del aporte a pensión para continuar con el beneficio del Programa Subsidiado al Aporte en Pensión.

Aunado a lo anterior, el testigo David Fernando Conde Flórez indicó que fue tan grave la situación económica de la actora, lo que llevó a que amigos y familiares hicieran una colecta para la compra de sus alimentos. Asimismo, el testigo Juan Ernesto Alfonso Ramírez, reconoció que el "casi no contribuía para los gastos de la casa, debido a que estaba estudiando y prácticamente no le quedaba nada".

Tampoco puede pasarse por alto que en el "INFORME DE INVESTIGACIÓN", contratado por Protección SA se concluye que "en las entrevistas presentadas por la abuela del causante ADELIA RODRÍGUEZ DE RAMÍREZ, tía del causante LILIA INÉS PALMA y FRANCISCO JAVIER ORTEGA CASTRO, los vecinos del causante OLGA ROCÍO PALMA y JORGE LUIS MORENO PÁEZ, confirman la información de la reclamante, siendo asertivo en afirmar que ella dependía económicamente de su hijo YEZID RAMÍREZ".

De lo que se concluye que la ayuda económica que le dispensaba su hijo Yezid Ramírez a la promotora de la litis era esencial para suplir sus necesidades y llevar una vida digna acorde a sus condiciones socio-culturales, así como una estabilidad en su mínimo vital; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

INTERESES MORATORIOS

Solicita la parte demandada en su apelación que se absuelva del pago de los intereses moratorios, aduciendo que siempre ha actuado de buena fe y que su negativa a reconocer la prestación se sustentó en la investigación realizada por la firma aliada. También argumentó que tal pretensión no fue solicitada en la demanda, por lo que esta condena va en contra el principio de congruencia.

Frente a esta inconformidad, sea lo primero recordar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que los intereses moratorios deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a mitigar los efectos adversos que produce al acreedor pensional la mora del deudor en el

cumplimiento de las obligaciones. Es decir, su carácter es resarcitorio y no sancionatorio.

No sobra mencionar que si bien ese Máximo Tribunal ha señalado que, excepcionalmente, las administradoras de pensiones públicas o privadas se encuentran exoneradas del pago de los mentados intereses moratorios, también lo es que precisó que ello sólo es posible en casos específicos, bien sea: i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios (sentencias CSJ SL787-2013 con radicado No. 43602; SL10504-2014 con radicación No. 46826, SL10637-2015 con radicado No. 43396 y SL1399-2018 con radicación No. 45779), situaciones que no son predicables en el presente asunto, dadas las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que lo rodearon.

Por último, es de recordar que el artículo 50 del CPT y SS le otorga al juez laboral la facultad para decidir ultra y extra petita, siempre y cuando "los hechos que los originen hayan sido discutidos y estén debidamente probados", como efectivamente ocurrió en el sub lite, toda vez que la procedencia de los intereses moratorios fue uno de los puntos aquí debatidos, incluso la pasiva formuló la excepción que denominó "improcedencia de intereses moratorios", y, al encontrarse probados los supuestos para su imposición, el a quo fulminó condena en este sentido. Razón por la cual no encuentra la Sala sustentó alguno para absolver del pago de estos intereses, imponiéndose confirmar la decisión recurrida en este punto.

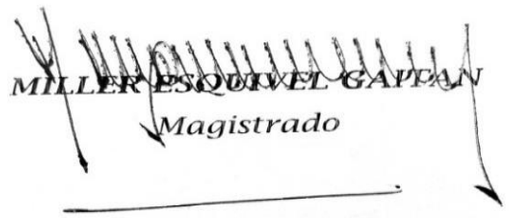
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., la Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo Protección SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y Cúmplase.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA EUGENIA HERNÁNDEZ PENICHE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Sandra Eugenia Hernández Peniche, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, debidamente indexados; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: cotizó al RPMPD desde el 25 de febrero de 1991 hasta el 31 de enero de 2001; realizó aportes al RAIS desde el 1˚ de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2019; acredita un total de 1.322,71 semanas cotizadas; el asesor de Porvenir SA no le suministró la información necesaria para tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional; solicitó ante Colpensiones y ante Porvenir SA su traslado al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó el traslado de la actora al RAIS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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, el 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, aplicación de la sentencia y la genérica.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 4 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada ante esa sociedad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 25 de enero de 2001. Declaró que la accionante nunca se vinculó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos su frutos e intereses, así como los rendimientos causados, y los gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y actualizar y corregir su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA manifestó que la demandante realizó su traslado de régimen pensional de manera voluntaria e informada, de conformidad con la normatividad vigente para ese momento. Indicó que la demandante no actuó con la debida diligencia frente a su situación pensional, incumpliendo con sus obligaciones como consumidora financiera. Agregó que no existen situaciones fácticas ni jurídicas que conduzcan a declarar la ineficacia del traslado; aunado a que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años. Dijo que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que los dineros fueron invertidos en la forma que exige la ley y, en todo caso, tampoco sería procedente

indexar las sumas, ya que se ordena el reintegro de los rendimientos, lo que generaría una doble condena.

Colpensiones argumentó que el traslado de régimen pensional de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, sin que se evidencie omisión en el deber de información. Añadió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional y tampoco es beneficiaria del régimen de transición. Indicó que en el presente asunto no era procedente aplicar el criterio jurisprudencial sobre inversión de la carga de la prueba.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que el formato de afiliación es prueba del consentimiento informado de la demandante, además afirma que, para la fecha del traslado, la AFP no estaba obligada al deber de buen consejo y doble asesoría.

Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues es un hecho

indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 55 años de edad, en tanto nació el 2 de enero de 1967, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 5 del expediente digital); sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 25 de enero del año 2001, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor de Porvenir SA no le suministró la información necesaria para tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional", es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de

tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 25 de enero del año 2001. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 2001 se encontraba trabajando en el Colegio Mayor de Los Andes y en una jornada laboral se presentaron los asesores de Porvenir; el rector los convocó a una reunión para ser inscritos en esa AFP. Los asesores únicamente le solicitaron información para diligenciar el formulario y no le suministraron ningún tipo de información. Dijo que la reunión duró 10 minutos y que la motivación para cambiarse de régimen fue que el ISS se iba a acabar.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad

de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 25 de enero del 2001, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (…)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en

relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que los dineros fueron invertidos en la forma que exige la ley; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un

enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto

es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente, además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente;

circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el*

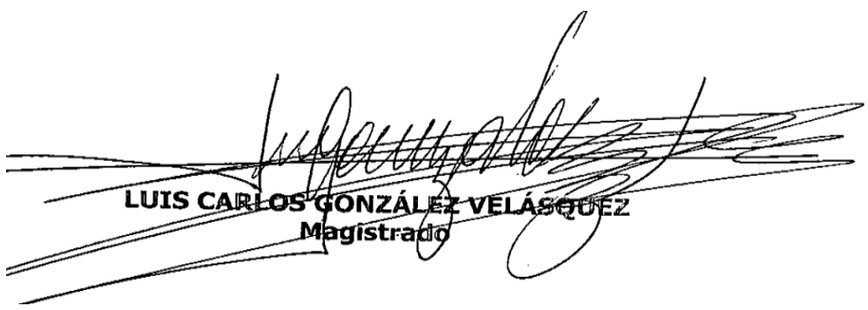
evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.

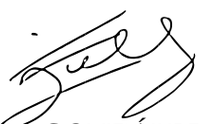
Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.





JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN ALICIA HERNÁNDEZ PRIETO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Carmen Alicia Hernández Prieto, por medio de apoderada judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, para que se declare que se vinculó a la Caja Agraria mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual se terminó por muto consentimiento, por lo que tiene derecho a la pensión de

jubilación proporcional de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, como quedó estipulado en audiencia de conciliación. En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de dicha prestación a partir del 15 de julio de 2018, fecha en que cumplió 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los reajustes anuales legales, actualizando el último salario promedio entre la fecha de retiro y el cumplimento de los requisitos mínimos, el pago de las mesadas pensionales adeudadas, indexación de las mismas, por las costas del proceso y lo probado con las facultades extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones señaló que, prestó servicios a la Caja Agraria entre el 4 de marzo de 1976 y el 15 de noviembre de 1991, mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por mutuo acuerdo en audiencia de conciliación llevada a cabo el 4 de octubre de 1991, ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá; que el último cargo fue el de analista, grado 11 en la oficina de Bogotá y el último salario promedio mensual fue de $312.063.oo; que cumplió los 60 años el 15 de julio de 2018 e hizo reclamación administrativa el 23 de agosto de 2018, la cual fue negada mediante respuesta RDP 047887 del 20 de diciembre de esa misma anualidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Notificada la demanda en legal forma, fue contestada por la encartada conforme a derecho y dentro de término, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos exclusivamente la reclamación administrativa, frente a los demás indicó no constarle y no ser ciertos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida en precedencia, en la que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación en la suma inicial

de $2.327.403,29, a partir del 15 de julio de 2018, en catorce mesadas con sus respectivos reajustes legales anuales, indexación y las costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandada la recurrió argumentando que el demandante no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 8° de la ley 171 de 1961 y en consecuencia los exigidos en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, toda vez que no demostró que fue despedido sin justa causa y que para el 1° de abril de 1994 tenía la edad requerida, la que fuera derogada con esta última normatividad y con el acto legislativo 01 de 2005.

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

De conformidad con lo estipulado en el artículo 66 A del CPT y SS, la sala procede a resolver el recurso impetrado por la parte demandada y en consulta de aquellas condenas no apeladas.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

Se demanda el reconocimiento y pago de la pensión proporcional de jubilación, por terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, por haber prestado los servicios personales como trabajadora oficial a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 4 de marzo de 1976 y el 15 de noviembre de 1991, es decir, durante 15 años, 8 meses y 11 días, por lo que la norma reguladora de la situación debatida es el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, no obstante que antes de la vigencia de este decreto la norma aplicable era la ley 171 de 1961.

Enseña el precepto referido:

> *"Art. 74.- Pensión en caso de despido injusto. "3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos*

> *servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad."*
>
> *"4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios".*
>
> *"5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este decreto y del decreto 3135 de 1968."*

De manera que, de acuerdo con el precepto transcrito, contrario a lo señalado por la apoderada de la parte demandada, son dos los requisitos esenciales para acceder a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, cuando se busca su reconocimiento de una entidad oficial, para el caso concreto debatido: en primer lugar, que los servicios hayan sido prestados por más de 15 años continuos o discontinuos y que el trabajador se haya retirado voluntariamente, supuestos que se demostraron dentro del proceso, por lo que sin lugar a más miramientos, considera la Sala que a la demandante le asiste el derecho a la prestación reclamada, a partir del 15 de julio de 2018, fecha en que cumplió 60 años de edad; de igual forma debe advertirse que, como la terminación del contrato se produjo el 15 de noviembre de 1991, en ese instante surgió el derecho a la pensión de jubilación por retiro voluntario, así como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 9 de abril de 2014, SL4578, radicación 43751, en donde se señala que ésta se causa al momento del retiro si se ha completado el tiempo de servicio requerido en la norma, pues el cumplimiento de la edad requerida solo es un requisito para la exigibilidad del derecho.

No sobra indicar, como insistentemente lo ha señalado la jurisprudencia laboral, que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, no derogó ni modificó la pensión restringida establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, frente a los trabajadores oficiales, por lo que dicha prestación conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993. En este orden, al haberse terminado el vínculo laboral de manera voluntaria antes de la entrada en vigencia de la pluricitada Ley 100 y, teniendo presente la condición de trabajadora oficial de la demandante, ésta es beneficiaria de la

pensión restringida prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 o artículo 74 del decreo3135 de 1968, pues el retiro del servicio, como se dijo en líneas anteriores, aconteció el día 15 de noviembre de 1991; en consecuencia la activa solamente necesitaba para acceder al beneficio pensional, el cumplimiento de la edad, la que vino a cumplir el 15 de julio de 2018; requisito que tan sólo viene a constituirse en una condición para el disfrute del derecho no así para lograr el estatus pensional, ya que el mismo, se configura con el cumplimiento de dos requisitos: el tiempo de servicios y el retiro voluntario.

Establecido lo anterior, se procede a determinar el valor inicial de la prestación ordenada, para resolver la sala tiene en cuenta que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el ingreso base de liquidación de pensión sanción o restringida de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 o artículo 74 del decreto 1848 de 1969, y demás normas concordantes es procedente la indexación conforme lo dispuso en sentencia del 20 de abril de 2007, radicación 29.470, reiterada entre otras en sentencia de 29 de enero de 2008, radicación 30.058; actualizando el ingreso base de liquidación entre la fecha de la terminación del contrato y la fecha en que se haga efectivo el reconociendo pensional de acuerdo con el IPC que expida el Banco de la República Dane. Al aplicar la fórmula adoptada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de diciembre de 2007, radicación 31222, así:

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

De donde:
VA = IBL o valor actualizado
VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.
IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.
IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Entonces, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios certificados por Coordinación del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la cual administra las carpetas laborales de entre otras la Caja de Crédito

Agrario Industrial y Minero de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 (ver sentencias SL17066 de 26 de noviembre de 2014, radicación 38.885, SL13192 del 23 de septiembre de 2015, radicación 62.723, SL17479 de 2 de diciembre de 2015, radicación 60.198 y SL2427 de 17 de febrero de 2016, radicación 52.399 de la CSJ); se debe tomar el sueldo básico de $161.360.oo; la prima de antigüedad de $41.954; de donde se obtiene que el salario promedio base de liquidación de la prestación es de $203.314.oo; salario que al ser actualizado, en donde se multiplica por el índice final (cumplimiento del requisito de la edad) y se divide por índice inicial (fecha de terminación de la relación laboral); como en el caso de autos se trata de una pensión sanción, al calcular el tiempo efectivo laborado por la actora (15 años 8 meses y 11 días) se tiene que el monto de pensión inicial equivale al 58.9%, arrojando el valor de la mesada pensional inicial así:

VA = VH ($203.314,oo) x <u>IPC Final (96.92)</u> VA = $2.575.842.oo
IPC Inicial (7.65)

$2.575.842,oo x 58.9% = $1.517.171 valor inicial de la pensión.

De ahí, que la mesada por pensión restringida de jubilación es de ***$1.517.171.*** *Como el a quo obtuvo por valor de la primera mesada la cifra de $2.327.403,29 se modificará dicho aspecto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ordenar el reconocimiento de la prestación en tal cuantía; prestación que tiene el carácter de compartible con la pensión de vejez o jubilación que llegue a reconocer Colpensiones, dado que, la pensión proporcional objeto de la presente condena se causó el 15 de noviembre de 1991, cuando el Acuerdo 049 de 1990 previó la aludida compartibilidad de este beneficio con la pensión de vejez a cargo del ISS. Entonces en virtud de la compartibilidad, el ente de seguridad social le corresponde asumir el valor de dicha prestación y la aquí demandada apenas debe pagar el mayor valor entre la pensión restringida de jubilación y la de vejez, si lo hubiere. Lo dicho se traduce en que como lo ha explicado la jurisprudencia laboral, la prestación no pierde el carácter de vitalicia, pues siempre la percibirá el pensionado, solo que, de darse la compartibilidad por el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS (hoy Colpensiones), el empleador continuará en su pago únicamente en el mayor valor, como ya se dijo, si lo hubiere.*

En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta por la demandada, cabe señalar que el derecho se hizo exigible el 15 de julio de 2018, fecha en la que la demandante cumplió los 60 años de edad; la demanda fue presentada el 8 de febrero de 2019, admitida el 11 de abril de 2019 y notificada a la demandada el 13 de mayo de esa anualidad, luego no prescribe ninguna mesada.

Precisado lo anterior, no merece reproche la condena indexada proferida por el a quo, ya que como lo tiene sentado la jurisprudencia laboral, la pensión restringida como cualquier otra acreencia laboral en donde no se imponen intereses moratorios (la demandante no los solicitó en la demanda), al momento de su pago, habrá perdido su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, por lo que para evitar un detrimento en la acreencia social, el deudor debe reconocer la obligación de manera indexada.

Y con respecto a la condena al pago de la mesada catorce o adicional, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la reforma constitucional vertida en Acto Legislativo No.1 de 2005; de ahí que también hubiera acertado en este punto la decisión de primer grado.

Finalmente, con respecto a los aportes al sistema de seguridad social en salud, pese a que el a quo no se pronunció sobre ello, dicho acto encuentra respaldo por la jurisprudencia, entre otras, en sentencia del 23 de marzo de 2011, dentro del radicado No. 46576, y más recientemente, en sentencia del 29 de enero de 2014, dentro del radicado No. 48918, que al respecto enseñó que los pensionados están llamados a cotizar al sistema de seguridad social en salud y asumir en su totalidad el valor de la cotización, desde la misma fecha en que se causa el derecho pensional, por ser ese el momento a partir del cual el afiliado adquiere una nueva posición frente al sistema, sin que ello implique una afiliación retroactiva; en consecuencia, se adicionará en dicho punto la sentencia de primera instancia.

Hasta aquí el estudio del Tribunal.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

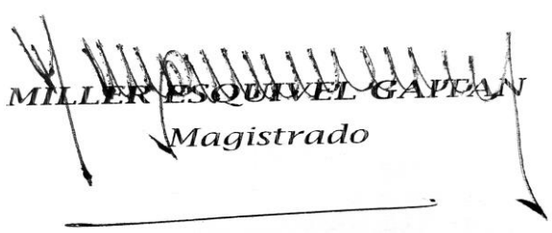
Primero.- Modificar el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la entidad demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, reconocer la pensión restringida de jubilación en la suma inicial de ***$1.517.171,*** *la cual tiene el carácter de compartida con la de vejez a cargo de Colpensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

Segundo.- Adicionar la sentencia de primera instancia, en el sentido de autorizar a la demandada el descuento del porcentaje correspondiente del retroactivo generado con destino al sistema de seguridad social en salud.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.-Costas de la instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000.oo a cargo de la accionada por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO HERMES RINCÓN MUÑOZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Álvaro Hermes Rincón Muñoz, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad, o en subsidio la ineficacia o invalidez,

de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el saldo existente en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros y el valor cotizado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 2 de julio de 1953; desde el 9 de mayo de 1989 hasta el 29 de febrero de 2000 cotizó en el ISS un total de 523 semanas; a partir del 1º de octubre de 2005 se trasladó al RAIS, a través de Porvenir SA; fue declarado en situación de multivinculación y asignado al RAIS con fundamento en el Decreto 3395 de 2008; no fue informado de su asignación al RAIS; al momento del traslado tenía 52 años; el 30 de noviembre de 2020 completaba 1.303 semanas cotizadas y un capital acumulado de $494.835.222,oo en Porvenir SA; el 29 de enero de 2021 presentó ante Colpensiones la reclamación administrativa, sin obtener respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 4 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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.

Porvenir SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su actual afiliación a esa AFP, la situación de multivinculación, el total de semanas cotizadas y el capital acumulado; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por la ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia de la afiliación del accionante al RAIS a través de la AFP Porvenir SA el 24 de noviembre de 2000. Declaró que, para todos los efectos legales, el accionante nunca se vinculó al RAIS y, en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los valores que se hayan deducido por conceptos de gastos de administración y aportes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante y a corregir su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional del actor se realizó de manera voluntaria, sin presiones e informada, como se demuestra con el formulario de afiliación. Añadió que la información sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional está contenida en la Ley 100 de 1993, por lo que el accionante pudo consultarla en cualquier momento, y, al no hacerlo, incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero, por no actuar con diligencia frente a su situación pensional. Dijo que la AFP siempre

ha actuado de buena fe, acatando los presupuestos legales vigentes para la época del traslado. Aseguró que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que no están destinado a financiar la pensión, sino que corresponden a una contraprestación por la gestión realizada. Indicó que, al ordenarse el traslado de los rendimientos y la indexación de las sumas, se genera una doble condena por el mismo concepto.

Por su parte, Colpensiones argumentó que en el presente asunto se logró acreditar el cumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

La parte actora también presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión del a quo, aduciendo que se incumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen pensional.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un

principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión*

> *fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 20 de noviembre del año 2000. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 2000 recibió una visita de un funcionario de Porvenir, quien le indicó que, al pasarse a esa AFP tendría una excelente rentabilidad; también le dijo que la pensión la podría heredar la familia; aunque no le realizó ningún tipo de comparativo. Agregó que en ese momento el ISS se veía en una situación precaria.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las

consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (…)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero, al no consultar en la ley las implicaciones de su decisión; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse

conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que no hacen parte integrante de la pensión y corresponden a una contraprestación por la gestión realizada; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el

momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante

pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Modificar el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*
Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ FABIOLA TRIVIÑO PINZÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Luz Fabiola Triviño Pinzón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la

omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los recursos contenidos en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los costos administrativos. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso. En subsidio peticionó que se condene a Porvenir SA a pagar los perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante futuro, en cuantía de $809.666.984,oo.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: ha cotizado más de 1300 semanas al sistema general de pensiones; en agosto de 2001 fue abordada por promotores de Porvenir SA quienes le plantearon la posibilidad de obtener una mesada pensional más favorable en menor tiempo; estos promotores no cumplieron con el deber de brindar una información completa y comprensible; tampoco tuvieron en cuenta que había trabajado en la CAR desde el 1° de diciembre de 1983 hasta el 11 de enero de 1991, tiempo que debía computarse para efectos pensionales, junto con las 556 semanas cotizadas al ISS; el traslado de régimen pensional se consolidó a partir del 1° de septiembre de 2001; durante el tiempo en que ha estado afiliada a Porvenir SA no se le ha brindado una asesoría en materia pensional; el 26 de marzo de 2021 radicó ante Colpensiones la reclamación administrativa, la cual fue respondida negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 10 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha

del traslado al RAIS de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 20 del expediente digital), en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que erró el fallador de primer grado al concluir que la demandante no probó los supuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es criterio jurisprudencial reiterado que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP. Indicó que no se acreditó que la accionante hubiese recibido asesoría al momento del traslado y que el formulario de afiliación no acredita ninguna información suministrada. Dijo que ni el cargo desempeñado ni el grado de escolaridad son indicativos de tener conocimiento sobre temas pensionales.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su recurso.

DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que, tal y como lo sustenta la parte demandante en su apelación, en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo "los promotores de la AFP accionada no cumplieron con el deber de brindar una información completa y comprensible", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada; por lo que resulta desacertado el razonamiento del a quo en este punto. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en

la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social,*

> *la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 14 de mayo del 2002. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el 2001 llegó hasta su sitio de trabajo un promotor de Porvenir SA, quien habló con el gerente de la compañía. Dijo que ella no habló directamente con ese promotor, no recibió ninguna asesoría, lo que escuchó fue que el ISS se iba a acabar; y que ese promotor dejó los formularios para que los firmaran.

La representante legal de la AFP accionada aseguró que a la promotora de la litis se le brindó asesoría de manera verbal, tal como da cuenta el formulario de afiliación.

Una vez examinado el acervo probatorio, por lo demás precario, debe indicarse que, contrario a lo concluido por el a quo, en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la

información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo concluido por el a quo, no emana la ratificación de la afiliación por los aportes realizados en el RAIS, ni por el tiempo de permanencia en ese régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 14 de mayo de 2001, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional; como acertadamente lo señaló la demandante en su apelación. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta Sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (…)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Tampoco son de recibo para la Sala los argumentos relativos a que, dado el nivel profesional y al cargo que ostentaba la demandante, no puede predicarse una situación de engaño al momento de la afiliación, pues nada se garantiza con el grado de conocimiento profesional del afiliado o el cargo desempeñado, cuando es un lego respecto de los temas pensionales.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP. Sin que pueda derivarse confesión alguna del interrogatorio absuelto por la demandante, a voces del numeral 2° del artículo 191 del CGP, toda vez que lejos de admitir haber recibido información en los términos señalados por la jurisprudencia antes citada, como desatinadamente lo aseveró el a quo, Triviño Pinzón afirmó que la única información recibida fue la antes reseñada, la cual, según se indicó en precedencia, no acredita el cumplimiento del deber de información.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe

demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de todos los dineros percibidos por los fondos privados, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos de pensiones y la demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello,*

---

[1] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.*

además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

Los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos destinados al fondo de garantía de pensión mínima deberán devolverse debidamente indexados, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. De igual manera, se ordenará la indexación de los aportes pensionales, en caso que la AFP no los ponga a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, los

rendimientos generados, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado el fondo de garantía de pensión mínima, por los periodos que estuvo vinculada la actora; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá revocar la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Luz Fabiola Triviño Pinzón z con destino a la AFP Porvenir SA, el 14 de mayo de 2001. Debiendo la AFP accionada trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a Colpensiones, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada al RAIS.

Correspondiéndole a Colpensiones recibir dichos dineros y mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique (CSJ SL2877-2020). Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP accionada, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

COSTAS

En los términos del artículo 365 del CGP, las costas de primera y segunda instancia corren a cargo de las demandadas.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero**.- Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Luz Fabiola Triviño Pinzón con destino a la AFP Porvenir SA, el 14 de mayo de 2001; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.*

***Segundo**.- Ordenar a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. En el evento de incumplirse este plazo, los aportes pensionales también deberán devolverse debidamente indexados.*

***Tercero.-** Condenar a Colpensiones a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de Luz Fabiola Triviño Pinzón como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.*

***Cuarto.-** Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva de esta instancia, como agencias en derecho la suma de $800.000.oo a cargo de cada una de las accionadas.*

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISMAEL HERNÁN RODRÍGUEZ GARZÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con cédula de ciudadanía No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Ismael Hernán Rodríguez Garzón, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 13 de abril de 1994 se trasladó del ISS al RAIS, por intermedio de Colfondos SA; al momento del traslado de régimen no fue asesorado ni informado por la AFP accionada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; completa 1.355 semanas de aportes; el 13 de abril de 2021 solicitó ante Colpensiones la declaratoria de ineficacia del traslado, obteniendo respuesta negativa; en similar sentido presentó solicitud ante Colfondos SA el 6 de mayo de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la reclamación presentada por el actor y la fecha de su traslado al RAIS, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la genérica.

Colfondos SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos formulados en su contra (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por el actor y el total de semanas cotizadas por éste; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica,

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA, a partir del 13 de abril de 1994. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado del actor. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración debidamente indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto es, con los rendimientos causados. Condenó a Colpensiones a aceptar los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral del accionante. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicitó que se condene a las accionadas al pago de las costas procesales.

Colpensiones argumentó que existe una imposibilidad material para aportar la prueba de la información suministrada al actor, ya que, para el momento del traslado del régimen pensional, la normatividad vigente no exigía otro documento diferente al formulario de afiliación. Dijo que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, y se disponga la condena en costas.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el

RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, el pago de las costas procesales a cargo de las demandadas, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, el efecto de la declaración de nulidad o ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).*

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar

la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas,

la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de las demandadas, tal como lo peticiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso tanto Colpensiones como la AFP Colfondos SA han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…)*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que las demandadas Colpensiones y Colfondos SA asuman el pago de las costas procesales; por lo tanto, se modificará el ordinal quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones y a Colfondos SA al pago de las costas de primera instancia, en los porcentajes y cuantías que establezca el fallador de primer grado. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a Colpensiones en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

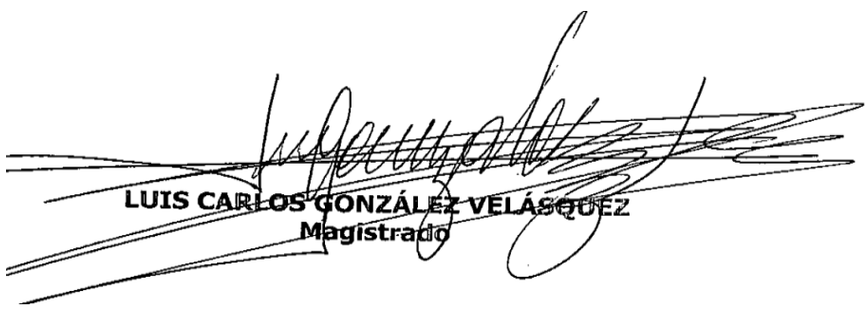
Primero.- *Modificar el ordinal quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones y a Colfondos SA al pago de las costas de primera instancia, en los porcentajes y cuantías que establezca el fallador de primer grado.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Colfondos SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada en lo demás.*

Cuarto*.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA JEANETH ZÚÑIGA ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con cédula de ciudadanía No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Protección SA contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Olga Jeaneth Zúñiga Rojas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Protección SA y Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todas las sumas, bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración descontados; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación, actualizar y corregir su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de noviembre de 1964; desde el inicio de su vida laboral estuvo afiliada al ISS; el 13 de febrero de 2002 firmó el formulario de traslado a la AFP ING, hoy Protección SA; la AFP ING, hoy Protección SA, no le brindó una información veraz y concreta sobre las consecuencias del traslado de régimen, tampoco le explicó las características del RAIS ni sus diferencias con el RPMPD; el 26 de enero del 2005 se trasladó a Colfondos SA, sin recibir información sobre las características, ventajas o desventajas de los regímenes pensionales; para el año 2010 Colfondos SA no le informó sobre el plazo de un año para iniciar trámites tendientes a retornar al RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 9.1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la genérica.

A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 18 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y la innominada o genérica.

Protección SA dio contestación en forma legal y oportuna oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 23 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Colfondos, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la

sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 35 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 13 de febrero del 2002, a través de la AFP Santander, hoy Protección SA. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todas las sumas que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, debidamente indexadas, desde el 13 de febrero de 2002 y hasta cuando estuvo vigente la afiliación de la accionante. Condenó a Colpensiones a aceptar los valores trasladados y realizar los ajustes en la historia laboral de la accionante. Condenó en costas a las AFP accionadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Protección SA interpone recurso de apelación argumentando que a la accionante se le suministró información de manera verbal, siendo el formulario de afiliación la única prueba exigida para la época. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003; además, incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera al no informarse sobre su situación pensional. Dijo que la actora ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al solicitar su historia laboral y realizar traslado horizontal entre AFP. Aseguró que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que corresponden a una contraprestación por la buena gestión realizada en virtud de la cual se generaron altos rendimientos, aunado a que las primas fueron giradas a la aseguradora. Solicitó que se aplique la figura de las restituciones mutuas. Indicó que, en caso de devolverse estas sumas, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Por último, peticionó que se absuelva de la condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme le decisión de primera instancia, ya que no se probó el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP accionadas.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la AFP Protección SA al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Protección SA hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, en tanto nació el 23 de noviembre de 1964, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 2 del expediente digital); sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 13 de febrero de 2002, con destino a la AFP Santander, hoy Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo "la AFP ING, hoy Protección SA, no le brindó una información veraz y concreta sobre las consecuencias del traslado de régimen, tampoco le explicó las características del RAIS ni sus diferencias con el RPMPD", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia

del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber

de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Santander, hoy Protección SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 13 de febrero de 2002. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 2002 laboraba para la empresa Pfizer y hasta allí llegaron unos asesores de Santander, quienes le dijeron que el ISS se iba a acabar, y que ellos lo iban a reemplazar, pero con un mejor servicio; también les dijeron que protegerían sus ahorros y las semanas que tenían cotizadas. Esa asesoría demoró más o menos 10 minutos; no le realizaron proyección pensional; tampoco recibió información adicional.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Santander, hoy Protección SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Protección SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por los traslados horizontales realizados entre administradoras del RAIS, o por haber solicitado la historia laboral con posterioridad, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que

es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 13 de febrero de 2002, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Santander, hoy Protección SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Santander, hoy Protección SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del

traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Protección SA relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de

nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Protección SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que corresponden a una contraprestación por la buena gestión realizada en virtud de la cual se generaron altos rendimientos, o que las primas fueron giradas a la aseguradora; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que se descarta la aplicación de la figura de las restituciones mutuas, como lo peticiona Protección SA en su recurso. Así lo señaló

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección SA y por Colfondos SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Protección SA ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya

condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, debe Protección SA asumir el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a la recurrente, ante la improsperidad de su recurso.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Protección SA y Colfondos SA contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Protección SA y a Colfondos SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*
***Segundo.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
***Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de Protección SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NURY JUDITH CORTÉS PÉREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con cédula de ciudadanía No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Nury Judith Cortés Pérez, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones el total contenido en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos generados, así como los gastos de administración y demás rubros recibidos. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 19 de febrero de 1958; es beneficiaria del régimen de transición; inicialmente estuvo afiliada al RPMPD; se trasladó a Colfondos SA a partir del 1˚ de febrero de 2001; el 31 de mayo de 2008 regresó al RPMPD; mediante Resolución GNR 92834 del 13 de mayo de 2013 Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a partir del 3 de mayo de 2013, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; dicha prestación fue suspendida en nómina de pensionados a partir del ciclo 2014-12; el 19 de diciembre de 2019 peticionó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante Actos Administrativos SUB 184229 del 28 de agosto de 2020, SUB 196756 del 15 de septiembre de 2020 y DPE 14114 del 19 de octubre de 2020, con fundamento en que para mayo de 2008 se encontraba a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión; el 9 de abril de 2021 solicitó ante Colpensiones tener por nulo el traslado de régimen pensional, sin obtener respuesta; el asesor que impulsó su traslado al RAIS no le suministró información completa, clara y fehaciente respecto de las implicaciones

del traslado ni sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, tampoco le entregó proyecciones ni comparativos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al RPMPD, el reconocimiento de la pensión en el año 2013 y su posterior suspensión, así como la nueva solicitud pensional presentada en el año 2019 y su negativa, y finalmente la solicitud de nulidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Colfondos SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a todos los pedimentos formulados en su contra (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 1˚ de febrero de 2001. Declaró que la accionante es beneficiaria del régimen de transición. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto

de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2016. Ordenó a Colpensiones a reactivar el pago de la pensión reconocida a la demandante mediante Resolución GNR 092834 del 13 de mayo de 2013, a partir del 19 de diciembre de 2016; retroactivo que deberá pagarse debidamente indexado. Absolvió a Colpensiones del pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se ordene la devolución de los gastos de administración y de las primas de seguro previsional, dadas las consecuencias derivadas de la declaratoria de ineficacia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, aduciendo que está válidamente afiliada a Colpensiones.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se ordene la devolución de los gastos de administración y de las primas de seguro previsional. Por lo que la alzada se restringe a revisar únicamente esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones; toda vez que ningún reparo se expuso respecto de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de la accionante.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Considero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).*

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de

la moneda. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de la ineficacia del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional,

en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

Aunado a lo anterior, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

PENSIÓN DE VEJEZ – REANUDACIÓN DE PAGO

Se adentra ahora la Sala, en grado jurisdiccional de consulta, a analizar la condena impuesta a Colpensiones, relacionada con la reanudación del pago de la pensión de vejez que en un inicio le fue reconocida a la accionante.

Bien, se encuentra acreditado en el proceso que mediante Resolución GNR 092834 el 13 de mayo de 2013 Colpensiones reconoció a Nury Judith Cortés Pérez una pensión de vejez a partir del 3 de mayo de 2013, en cuantía inicial de $608.753,oo, teniendo en cuenta 1.070 semanas de cotización y un IBL de $780.452,oo, al que aplicó una tasa de reemplazo del 78%, con arreglo a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición. Contra la anterior decisión la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

A través de la Resolución GNR 162612 del 9 de mayo de 2014 Colpensiones se pronunció frente al recurso de reposición, concluyendo que la actora no conservó el régimen de transición al haberse trasladado al RAIS, y retornando luego al RPMPD, dado que a 1° de abril de 1994 no completaba 15 años o más de servicios; por lo que resolvió solicitar a la accionante "su consentimiento de forma clara y expresa, la autorización de revocar la Resolución 92834 del 13 de mayo de 2013".

Por medio de Acto Administrativo VPB 19320 del 30 de octubre de 2014 Colpensiones desató el recurso de apelación presentado, reiterando lo considerado en la Resolución GNR 162612 del 9 de mayo de 2014, y determinando que "de no darse la autorización por parte de la señora CORTÉS PÉREZ NURY JUDITH, la Administradora

Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES procederá a iniciar las acciones legales pertinentes ante autoridad competente, par revocar el Acto Administrativo GNR No. 92834 del 13 de mayo de 2013 de Colpensiones".

Finalmente, la prestación pensional fue suspendida de nómina de pensionados para el ciclo de diciembre de 2014, conforme se indica en la Resolución DPE 14114 del 16 de octubre de 2020.

Conforme a lo anterior, y atendiendo los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de Cortés Pérez, esto es, retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, resulta claro para la Sala que la actora conservó el régimen de transición, en tanto debe entenderse que dicho traslado nunca existió y, por tanto, siempre ha estado válidamente afiliada al RPMPD, como acertadamente lo concluyó el a quo. En consecuencia, la promotora de la litis tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos aceptados por Colpensiones en la Resolución GNR 092834 el 13 de mayo de 2013.

Ahora, considerando que sólo hasta el 19 de diciembre de 2019 la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la prestación que le fue suspendida en diciembre de 2014, y que la demanda se radicó el 2 de julio de 2021; no existe duda para esta Corporación que en el presente asunto operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2016, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.

Por último, cumple indicar que resulta acertada la decisión del a quo al ordenar el pago del retroactivo pensional debidamente indexado, a fin de mantener el poder adquisitivo constante de la pensión.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar a la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos SA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, además de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Colfondos SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO CUDRIS MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 12 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Álvaro Cudris Martínez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo en condición de invalidez; junto con las mesadas adicionales, los intereses

moratorios, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de noviembre de 1964; se afilió al ISS el 19 de marzo de 1986; cuenta con 1.435 semanas cotizadas; es padre biológico de Álvaro Javier Cudris Fernández, quien nació el 16 de enero de 1993; Colpensiones le dictaminó a Cudris Fernández una PCL 63%, con fecha de estructuración 16 de enero de 1993; Cudris Fernández depende económicamente del actor, quien también se encarga de su cuidado personal; el 17 de junio de 2018 presentó reclamación ante Colpensiones, obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución SUB161834 del 19 de junio de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna (archivo 15 del expediente digital), oponiéndose a todas las pretensiones formuladas. Aceptó la mayoría de los hechos, excepto la dependencia económica de Cudris Fernández hacia el actor. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración de derecho al pago de intereses moratorios, prescripción, principio de buena fe y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 23 del expediente digital) en la que condenó a Colpensiones a pagar al actor la pensión especial de vejez contemplada en el parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 7 de junio de 2018, en 13 mesadas pensionales; cuyo retroactivo al 31 de julio de 2022 asciende a la suma de $60.075.874,oo; autorizando a Colpensiones a efectuar los descuentos por aportes en salud. Condenó a

Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios sobre las mesadas causadas entre el 7 de junio y el 7 de octubre de 2018 a partir del 8 de octubre de 2018, y respecto de las demás a partir de su causación y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación respecto de la pretensión de indexación; absolvió de esta pretensión. Condenó en costas a Colpensiones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

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

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN CONDICIÓN DE INVALIDEZ

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que el accionante es padre de Álvaro Javier Cudris Fernández, quien nació el 16 de enero de 1993, como da cuenta el registro civil de nacimiento de este último (archivo 1 del expediente digital). Tampoco es tema de debate que, mediante dictamen emitido el 7 de julio de 2017 por el área de medicina laboral de Colpensiones, Cudris Fernández fue calificado con una PCL del 63%, por la patología "SORDOMUDEZ, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE", de origen común y fecha de estructuración 16 de enero de 1993.

De igual manera, está acreditado que el promotor de la litis acredita un total de 1.396,57 semanas cotizadas, siendo su última cotización la realizada el 30 de abril de 2018, conforme se establece con el reporte de semanas cotizadas visto en el expediente administrativo. Asimismo, está probado que el 7 de junio de 2018 el accionante reclamó el reconocimiento de la pensión especial

de vejez, la cual fue negada por Colpensiones a través de la Resolución SUB 161834 del 19 de junio de 2018 aduciendo que "al revisar el expediente administrativo se observa, que si bien es cierto que el afiliado señor CUDRIS MARTINEZ ALVARO, cumple con el requisito de semanas de cotización y acredita su filiación con el joven ALVARO JAVIER CUDRIS FERNANDEZ, con Pérdida de Capacidad Laboral debidamente calificada; también lo es que, en la declaración extrajuicio que aporta menciona que se encuentra con el estado civil CASADO, razón por la cual, no acredita ser padre cabeza de familia, puesto que su esposa podría dedicarse al cuidado del hijo invalido" (archivo 1 del expediente digital).

Pues bien, la pensión especial que reclama el actor se encuentra consagrada en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, concretamente en el inciso segundo del parágrafo 4º, cuyo texto reza:

> *"La madre[1] trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~[2] padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo."*

Esta pensión especial de vejez que se reconoce a la madre o padre de hijo en condición de invalidez encuentra fundamento en el artículo 13 de la Carta Política, donde se impone al Estado la obligación de proteger de forma especial el ejercicio del derecho a la igualdad de las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Así como el artículo 47 que indica: "el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran". De ahí que la prestación especial es una forma de proteger prioritariamente a personas disminuidas física y sensorialmente, estableciendo una regla especial en punto de requisitos para obtenerla, en tanto se determina una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad, pues se

---

[1] *Lo subrayado fue declarado exequible condicionalmente según sentencia C-989 de 2006 "en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él".*
[2] *Aparte tachado declarado inexequible según la sentencia C-227 de 2004.*

pensiona el solicitante a cualquier edad siempre que cumpla con el mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez.

De acuerdo a lo precedente, los requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez prevista en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100, son: a) que la madre o padre trabajador de quien dependa el cuidado del hijo discapacitado, sea éste menor o adulto, haya cotizado al sistema de pensiones por lo menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la pensión de vejez; b) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada; y, c) que la persona discapacitada sea dependiente económica de su madre o padre. Para mantener este beneficio pensional: a) el hijo debe mantener su estado de discapacidad y debe conservarse la relación de dependencia económica con la madre o padre; y (b) la madre o padre pensionado debe permanecer por fuera del mercado laboral.

En aras de verificar el cumplimiento de los presupuestos legales, no existe duda para la Sala que el accionante acreditó debidamente su filiación con Álvaro Javier Cudris Fernández, así como el estado de invalidez de este último, quien fue calificado con una PCL del 63%. También está probado que el demandante realizó cotizaciones que superaron el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, como previamente se reseñó, y tal como fue aceptado por Colpensiones en la Resolución SUB 161834 del 19 de junio de 2018.

Aunado a lo anterior, los testigos Benilda Fernández y Miguel Fernández fueron contestes al manifestar que Álvaro Javier Cudris Fernández no labora, que es discapacitado, sordomudo, y que requiere del apoyo de sus padres para comunicarse con otras personas, ya que éstos son los únicos que lo entienden, y entre los dos se encargan del cuidado de su hijo. Agregaron que era el padre quien salía a trabajar para proveer el sustento al hogar.

Ahora, el escollo que encontró Colpensiones para el otorgamiento de la pensión especial se circunscribe en que el reclamante no demostró ser "padre cabeza de familia". Al respecto, cumple recordar que la pensión especial aquí

analizada no exige que el progenitor a cargo del hijo o hija inválidos, deba tener la calidad de padre o madre cabeza de familia, toda vez que el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no contiene ese requisito. Y esto por cuanto:

> *"[…] se ha estimado como inadmisible una interpretación que sesgue el objeto perseguido con la implementación de aquel dispositivo, la protección de los intereses del hijo o hija invalida del afiliado, y los derechos pensionales de este último, que aspira a dicha prestación para cumplir precisamente con las obligaciones familiares y alimentarias, ya que la finalidad en la concepción de esta pensión especial de vejez, es que el progenitor cese su vida laboral para dedicarse a la entera atención de su descendiente en condición de discapacidad, por lo que se infiere así mismo, que la dependencia de aquellos respecto del padre o madre, debe ser predominantemente económica.*
>
> *Por consiguiente, es viable que ese soporte económico provenga de uno u otro progenitor, máxime, cuando dicha preceptiva legal no puede tener el efecto de liberar de aquellas obligaciones constitucionales y legales." (CSJ SL739-2021)*

En similar sentido, en sentencia SL17898-2016 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó:

> *"[…] en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos **que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas**, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).*
>
> *Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.*
>
> *Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.*
>
> *Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres."*

Entonces, encuentra la Sala que, contrario a lo argumentado por Colpensiones, la exigencia de la dependencia económica del hijo inválido

respecto del progenitor que demanda la pensión especial de vejez, no puede equipararse al concepto de madre o padre cabeza de familia, ya que la norma no incluyó como requisito la exclusividad o la subordinación única del hijo frente a la madre o padre trabajador, en la medida que para la Corte Suprema de Justicia, atendiendo el espíritu teleológico de la norma, la interpretación de dicho requisito, debe ser observado en los términos que se consagra la manutención de los hijos menores o incapacitados, la cual se encuentra a cargo de ambos padres (Numeral 7.°, artículo 42 de la Constitución Política y artículo 413 del CC), y en tal sentido, es que dicha pensión, persigue que uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia, tanto del hijo como de su padre o madre, según el caso.

Ahora, en cuanto al cuidado exclusivo del hijo invalido por parte del asegurado que aspira a la pretensión, como requisito, debe reiterarse, que no es posible imponer exigencias adicionales no previstas en la ley, pues ello agrava y obstaculiza el acceso a tal prerrogativa en detrimento del derecho del asegurado y de sus hijos en condición de discapacidad, que valga resaltar, son sujetos de especial protección.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el actor acredita los condicionamientos para acceder a la pensión especial que pretende, a partir del 7 de junio de 2018, fecha en que reclamó el reconocimiento de la prestación ante Colpensiones, encontrándose para ese momento satisfecho el requisito mínimo de semanas, y siendo su última cotización la reportada para el ciclo 2018-04; imponiéndose confirmar la decisión consultada en este punto.

Ahora, el IBL debe calcularse conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, vale decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los que cotizó el actor durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o toda la vida por tener más de 1250 semanas de cotización. Así, una vez realizadas las operaciones aritméticas pertinentes con ayuda del grupo liquidador designado por el Consejo Superior de la Judicatura, se obtuvo como IBL de los 10 últimos años la suma de $915.011,61, que le resulta más favorable

al obtenido en toda su vida laboral por valor de $783.722,63; y en aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, correspondía una tasa de reemplazo del 67,91%, obteniendo una mesada en cuantía inicial de $621.424,52 a partir del 7 de junio de 2018, suma que resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad, por lo que, en aplicación del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, la prestación se reconocerá en cuantía equivalente al salario mínimo, en 13 mesadas pensionales al año. Derecho que se suspenderá cuando el padre se reincorpore a la fuerza laboral y durará hasta tanto el hijo permanezca en este estado y continúe como dependiente del padre. Razón por la cual se modificará la decisión consultada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

De otra parte, debe indicarse que el actor solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez el 7 de junio de 2018, la cual fue negada mediante Resolución SUB 161834 del 19 de junio de 2018, y la demanda se radicó el 27 de agosto de 2020 (acta de reparto, archivo 2 del expediente digital). Por lo que, se concluye que no se configuró el medio exceptivo de prescripción propuesto por la entidad accionada, toda vez que no transcurrió el término de tres años señalado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. Las demás excepciones corren igual suerte procesal por lo dicho al estudiar la condena.

RETROACTIVO PENSIONAL

En este orden, una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, encuentra la Sala que el retroactivo pensional adeudado, calculado a 30 de septiembre de 2022, asciende a la suma de $49.081.472,6, como a continuación se detalla:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
07/06/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*7,80*	*$ 6.093.687,6*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*13,00*	*$ 10.765.508,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*13,00*	*$ 11.411.439,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*13,00*	*$ 11.810.838,0*

01/01/22	***30/09/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*9,00*	*$ 9.000.000,0*
Total retroactivo				***$ 49.081.472,60***	

Para tal efecto, acertó el a quo al autorizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el pensionado con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dispone:

> *"A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que "El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales" y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP). Por tanto, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que el promotor de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

Entonces, como el actor reclamó el reconocimiento de la pensión especial de vejez el 7 de junio de 2018, según se indica en la Resolución SUB 161834 del 19 de junio de 2018, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 8 de octubre de 2018, esto es, vencidos los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, como acertadamente lo concluyó el a quo; imponiéndose confirmar su decisión en este tópico.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia en este punto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Modificar el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia consultada en el entendido que la mesada pensional del actor se reconoce en cuantía equivalente al salario mínimo de cada anualidad, y cuyo retroactivo causado entre el 7 de junio de 2018 y el 30 de septiembre de 2022 asciende a $49.081.472,6; conforme a lo considerado.
Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión consultada.
Tercero.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEIDA ARAGÓN PINEDO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 pm), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 5 de julio de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Aleida Aragón Pinedo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Y

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- para que se declare que la pensión de jubilación convencional reconocida por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero es compatible y no compartible con la pensión de vejez que le otorgó el ISS. En consecuencia, se condene al pago de la pensión de jubilación convencional de manera plena, total y completa desde el 17 de marzo de 2006, debiendo reintegrar todas las sumas retenidas, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 17 de marzo de 1951; trabajó para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 13 de mayo de 1970 hasta el 28 de diciembre de 1992; mediante Resolución No. 037 del 20 de enero de 1993 la Caja Agraria le reconoció pensión de jubilación convencional, con efectos fiscales a partir del 28 de diciembre de 1992; dadas las particularidades de pensión reconocida, debe entenderse que corresponde a una pensión voluntaria (extralegal); mediante Resolución No. 003552 del 30 de enero de 2007 el ISS le concedió una pensión de vejez, a partir del 17 de marzo de 2006; a través de Resolución No. 05151 del 20 de marzo de 2007 la Caja Agraria ordenó compartir la pensión de jubilación con la prestación por vejez otorgada por el ISS; en virtud de dicha decisión se le dedujo mensualmente la suma de $2.235.758,oo, la cual se le debe reintegrar, debidamente indexada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la UGPP dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 24 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la pensión reconocida por el ISS y la resolución que dispuso compartir la pensión; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 31 del expediente digital), en la que absolvió a la UGPP de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en la compatibilidad pensional, argumentando que, conforme a la jurisprudencia, si no se pacta expresamente la compartibilidad, entonces la pensión sigue siendo compatible, como ocurre en el presente asunto.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la UGPP presentó alegatos en esta instancia manifestando que, según el Decreto 2879 de 1985, los empleadores que reconozcan pensiones voluntarias o convencionales deben seguir cotizando al ISS hasta que el asegurado cumpla los requisitos exigidos para otorgar la pensión de vejez, por lo que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

La demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos mostrados al momento de sustentar su apelación.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

No fue objeto de discusión que mediante Resolución No. 37 del 20 de enero de 1993 la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoció a Aleida Aragón Pinedo una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 28 de diciembre de 1992, en cuantía inicial de $345.849,oo, con fundamento en el plan de retiro voluntario pactado en "AUDIENCIA ESPECIAL CELEBRADA ANTE AUTORIDAD LABORAL" para "LA TERMINACIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO Y LA HABILITACIÓN DE SU EDAD, CON EL OBJETO DE ENTRAR A DISFRUTAR PENSIÓN DE JUBILACIÓN", por cuanto la accionante no "CUMPLE CON EL REQUISITO DE EDAD PARA EL DISFRUTE DE PENSIÓN CONVENCIONAL".

De igual manera, está demostrado que a través de la Resolución No. 003552 del 30 de enero de 2007 el ISS otorgó a la accionante una pensión de vejez, a partir del 17 de marzo de 2006, en cuantía inicial de $2.235.758,oo, bajo las previsiones del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición.

Asimismo, está probado que por medio de la Resolución No. 05151 del 20 de marzo de 2007, la Caja Agraria en Liquidación ordenó compartir con el ISS la prestación pensional otorgada a la accionante, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO PRIMERO.- Compartir con el Instituto de Seguro Social la pensión de vejez otorgada a la señora ALEIIDA ARAGÓN PINEDO […] a partir del 17 de marzo de 2.006, de acuerdo a las razones expuestas en la presente providencia, en la siguiente proporción:*
>
> *2006*
> *Valor pensión reconocida por la Caja Agraria* *$2.490.851,03*
> *Valor pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales* *$2.235.758,00*
> *Diferencia a cargo de la Caja Agraria en liquidación* *$255.093,00"*

COMPATIBILIDAD O COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si la prestación pensional inicialmente reconocida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a Aleida Aragón Pinedo es autónoma e independiente, y puede subsistir al mismo tiempo con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones o, por el contrario, debe ser compartida con ésta.

Como se mencionó en precedencia, la pensión de jubilación otorgada a la promotora de la litis por parte de la Caja Agraria tuvo su fuente en el plan de retiro voluntario pactado entre esas partes el 23 de diciembre de 1992, en virtud del cual se habilitó a la accionante la posibilidad de acceder a la prestación pensional a los 41 años de edad. En otras palabras, dicho plan de retiro se dio con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, el cual en su artículo 5° dispuso:

> *"ARTÍULO 5º. Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del Decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*
>
> *La obligación de seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *Parágrafo 1º. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales."*

Luego, las pensiones voluntarias causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985 tienen el carácter de compartibles con las de vejez otorgadas por el ISS, hoy Colpensiones, lo cual opera por ministerio de la ley, quedando a cargo del empleador el mayor valor, si lo hubiere; a menos que en el respectivo acuerdo se hubiese excluido esa compartibilidad por las partes. Aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada, entre otras, en la sentencia SL2437 del 6 de junio de 2018, en la que sostuvo:

> *"[…] lo cierto es que la compartibilidad pensional, en el caso de pensiones de carácter convencional, opera por ministerio de la ley, en aquellos eventos en que el derecho pensional se estructure -como en el sub lite, el 12 de noviembre de 2002- con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, normatividad que consagró la compartibilidad de pensiones de carácter extralegal con las de vejez que llegare a reconocer el ISS."*

De manera que, al ser la pensión de jubilación otorgada a la actora por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de carácter voluntario, y su reconocimiento haberse efectuado con posterioridad a la entrada en vigencia

del Acuerdo 029 de 1985 emanado del ISS, sin que se hubiese acreditado pacto o acuerdo entre las partes respecto de la no compartibilidad pensional; es claro para la Sala que dicha prestación resulta compartible con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*
Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $400.000,oo por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ DEL CARMEN HUERTAS MOGOLLÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la sala de decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en grado jurisdiccional de consulta lo no cuestionado por la entidad.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

José del Carmen Huertas Mogollón, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, para que se declare que le asiste el derecho al pago de la prestación pensional, a partir del

cumplimiento de los requisitos mínimos con el valor real de todas las cotizaciones y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones indicó, en síntesis, que, aunque Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución SUB 329933 del 26 de diciembre de 2018, no es menos cierto que dejó de computar las cotizaciones realizadas entre 1996 y 2008, que erróneamente realizó el empleador Flexport de Colombia a Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección, las cuales dicha AFP devolvió a Colpensiones el 4 de julio de 2018; que continuó laborando con la intención de completar los requisitos mínimos, siendo que, con esas semanas efectuadas erróneamente completaba los requisitos mínimos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna. Se opuso a las pretensiones, para lo cual indicó que el demandante no cumplía con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, por lo cual, solo acreditó el cumplimiento de los requisitos el 22 de agosto de 2018, con 1316 semanas, lo que dio a lugar al reconocimiento pensional en acto administrativo SUB 329933 del 26 de diciembre de 2018. Añadió que el error del empleador en realizar la cotización a una administradora de pensiones diferente a la que venía cotizando no es imputable a ella. Con los respecto a los hechos a la mayoría dijo no ser ciertos y no constarle, pues sólo aceptó los relacionados con las reclamaciones del actor. Propuso como excepciones de mérito las de buena fe, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción, legalidad de los actos administrativos demandados y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo pedido por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que condenó a Colpensiones a

reconocer las mesadas causadas entre el 22 de agosto y el 31 de diciembre de 2018, debidamente indexadas con condena en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, la parte demandada la recurrió en apelación, insistiendo en que mediante Resolución SUB 329933 del 26 de diciembre de 2018, se reconoció la pensión de vejez, a partir de la inclusión en nómina que fue desde enero de 2019, porque el demandante no acreditó la fecha de la última cotización o novedad de retiro, por ende, no era viable reconocer la prestación en fecha anterior como lo hizo el juzgado. Agregó, que no se debe condenar en costas, ya que, Colpensiones no incurrió en acciones o actuaciones dilatorias ni de mala fe dentro del presente proceso.

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

CAUSACIÓN Y DISFRUTE

Son aspectos no discutidos en la apelación, que al demandante no le asiste del derecho al régimen de transición pensional previsto en el art 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tenía la densidad de cotizaciones exigidas por la norma, por ende, la prestación pensional se rige por el artículo 33 de la L. 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la L. 797 de 2003; y que las semanas de cotización que por error efectuó el empleador Flexport de Colombia a una AFP del RAIS, finalmente fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional por parte de Colpensiones en la Resolución SUB 329933 del 26 de diciembre de 2018, para un total de 1320 semanas, de las cuales, 100.71 corresponden a tiempos con el Ministerio de Defensa y 1220 con empleadores privados, aunque mediante la historia laboral actualizada al 15 de diciembre de 2021, conforme con el expediente administrativo se acredita un total de 1334,28, de las cuales 102.14 corresponde al Ministerio de Defensa y 1232.14 con empleadores privados.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico a resolver por la Sala es el relacionado con la fecha a partir de la cual se debe proceder al disfrute de la pensión de vejez.

Sobre ese punto, la Sala debe recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que, en efecto, una cosa es la causación del derecho y otra el disfrute de la pensión, materializándose el primero, con el cumplimento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que por el disfrute, se ha entendido el acto por el cual se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, conceptos éstos que han dado lugar a entender que el hecho exclusivo de cumplir los requisitos mínimos para acceder a la pensión, no lleva por sí mismo a la desafiliación del sistema, por cuanto ello no impide que el trabajador o su empleador continúen cotizando para mejorar el monto o liquidación de la prestación, tanto, que el simple reporte del empleador de la novedad de la terminación del vínculo o el hecho de no continuar cotizando no le quitan la calidad de afiliado al trabajador, pues siempre podrá, posteriormente, realizar nuevas cotizaciones con el fin de mejorar su ingreso pensional; de ahí, que para la desafiliación se exija, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, que exista un acto de declaración de voluntad, expreso, conocido por la entidad de seguridad social respectiva, para que aquella tome las medidas necesarias para considerar al trabajador desafiliado del sistema, y no que ello se entienda de manera tácita, pues la afiliación es un estado que adquiere el trabajador de manera permanente así no obren cotizaciones en determinado momento de la historia laboral.

A lo anterior hay que agregarle que la jurisprudencia laboral también ha enseñado, que existen casos excepcionales, en donde no es posible establecer la fecha de la desafiliación, por lo que, ante ese evento, tal aspecto debe deducirse de la concurrencia de diversos hechos, como, por ejemplo, la terminación del vínculo laboral, la falta del pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y de aportes; o incluso, también ha aceptado que se retroceda en la fecha del reconocimiento cuando se presenta error en la entidad administradora al realizar los cálculos respectivos para

conceder la prestación, que conlleva a que el afiliado tenga que hacer un número de cotizaciones, sin ser eso real; de igual manera, la alta Corporación del trabajo ha aceptado esta tesis, cuando las cotizaciones no tienen como fin mejorar la prestación pese a la acumulación de esos aportes adicionales al mínimo exigido, eventos en los que el juzgador deberá proceder a examinar cada caso en particular para establecer desde cuándo se debe reconocer la prestación pensional (CSJ SL 26 de oct. 2010, rad No. 36290 y CSJ SL 1° de feb. 2011, rad No. 38776).

En el asunto, tal como acertadamente lo indicó la a quo, el demandante perdió el régimen de transición, pues como a la entrada en vigencia de ley 100 de 1993, el actor había prestado sus servicios públicos no cotizados a ninguna caja o fondo de previsión social, por cuenta de su vinculación como soldado a favor del Ministerio de Defensa Nacional entre el 16 de noviembre de 1971 y el 30 de octubre de 1973, y las cotizaciones posteriores con empleadores privados, a partir del 28 de noviembre de 1994, era viable acudir al régimen de la Ley 71 de 1988, que exige 20 años de aportes y 60 años para el hombre y 55 para la mujer.

No obstante, como no se puso en discusión que el actor nació el 16 de julio de 1952, es claro que los 60 años para beneficiarse de dicho régimen los cumplió el 16 de julio de 2014, cuando ya, por cuenta del Acto Legislativo 01 de 2005, se puso un límite a la transición para el 31 de julio de 2010; y para la entrada en vigencia de la reforma constitucional, tampoco satisfacía las 750 semanas. Entonces, la prestación debía analizarse con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que se recuerda, los requisitos para obtener la pensión de vejez, son haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre, pero, a partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.; así mismo, a partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará, en 25 semanas, pasando de 1050 en 2005 a 1300 en el 2015.

Efectivamente, como el actor nació el 16 de julio de 1952, es claro que, para acceder a la prestación por vejez debía esperar al cumplimiento de los 62 años, los cuales cumplió el 16 de julio de 2014, y para esa misma fecha debía acreditar 1275; sin embargo, para esa data, si acaso superaba las 1100 semanas, aun con las cotizaciones que el empleador Flexsport de Colombia había efectuado erróneamente a una AFP del RAIS. Entonces, para la primera petición del 16 de septiembre 2016, que fue resuelta por Colpensiones negativamente mediante la Resolución GNR 301640 de 12 de octubre de 2016, el actor no cumplía con los requisitos mínimos, dado que, para esa fecha tan sólo había completado 1215 semanas, y en esa anualidad se requerían 1300.

Ahora, para el 17 de marzo de 2017, fecha de la siguiente petición del actor, resulta mediante la Resolución SUB 66826 del 16 de mayo de 2017, había acumulado 1241,15 semanas, igualmente insuficientes para acceder a la prestación, lo mismo que para el 7 de marzo de 2018, resuelta con la Resolución SUB 89217 del 5 de abril de 2018, dado que para esa data el actor satisfizo 1288.34 semanas. Para el 22 de agosto de 2018, fecha de la última petición, ya contaba con 1314 semanas, es decir, las suficientes para acceder a la prestación pensional, y como Colpensiones ya había recibido el detalle de las cotizaciones erróneas por parte de Protección SA, es claro que, la entidad debió entender la fecha de la solicitud como el momento a partir del cual el afiliado se desafiliaba del sistema, pues su deseo era obtener cuanto antes la pensión de vejez, máxime que las 17.16 semanas cotizadas con posterioridad ya no tenían el mérito de aumentar el monto de la prestación. Por lo que, desde la fecha de la solicitud del actor debe entenderse el momento del disfrute la prestación y no después como erróneamente y en perjuicio del afiliado lo hizo Colpensiones en la Resolución SUB 329933 del 26 de diciembre de 2018.

Como a dicha conclusión llegó la juzgadora de primer grado, se confirmará la sentencia en dicho punto.

PRESCRIPCIÓN

Como la demandada propuso la excepción de prescripción, se recuerda que conforme con lo estatuido en el artículo 151 del CPT y de la SS y 488 del CST, este fenómeno se cuenta a partir de que el derecho se hace exigible con posibilidad de interrumpirse con el simple reclamo del trabajador o afiliado, sin embargo, cuando se trata del derecho pensional, éste no prescribe, contrario a lo que sucede con las mesadas, toda vez que al tratarse de importes que se hacen exigibles periódicamente, admiten prescripción trienal, cuyo cómputo corre de manera independiente para cada período, desde que se hace exigible la mensualidad.

En el asunto no obra una reclamación luego de la Resolución SUB 329933 del 26 de diciembre de 2018, que fue la que reconoció el derecho pensional y con la cual el actor discrepa, tampoco en los hechos de la demandada se hizo alusión, ni la demandada lo informó; no obstante, la demanda se presentó el 25 de agosto de 2020, es decir, dentro de los tres años que tenía el demandante para accionar, pues se repite, que el actor tenía derecho al reconocimiento de la prestación, a partir del 22 de agosto de 2018; luego las mesadas causadas no quedaron cobijadas por la prescripción.

INDEXACIÓN

La economía de nuestro país se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, razón por la cual la jurisprudencia reconoce la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva, con base en razones de justicia y equidad. La actualización del valor nominal de los créditos debe ser asumida por el deudor moroso y está prevista para evitar perjuicios al acreedor que percibe el pago de una cifra devaluada o depreciada.

De ahí, que no se equivocó la sentenciadora de primer grado al haber condenado el retroactivo causado debidamente indexado a la fecha de su pago efectivo.

COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de la demandada, puesto que a lo largo del proceso ésta presentó oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…)*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales en primera instancia.

En esta instancia no se impondrán costas, en razón a que se estudió igualmente en el grado jurisdiccional de consulta.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.
Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NUBIA ESPERANZA ARIAS ROMERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Nubia Esperanza Arias Romero, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a los parámetros legales, en consecuencia se ordene su inclusión en nómina de pensionados, el pago del retroactivo de mesadas pensionales desde cuando adquirió el derecho, lo probado ultra y extra petita y por las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones narró que, mediante Resolución GNR No 131877 del 3 de mayo de 2016, Colpensiones decidió negar la pensión de vejez por no acreditar las semanas requeridas para el reconocimiento de la prestación; que, mediante Resolución No VPB 35421 del 12 de septiembre de 2016, se resuelve recurso de apelación confirmando la Resolución GNR 131877 del 3 de mayo de 2016; que, para el 18 de diciembre de 2019, Colpensiones expidió una historia laboral donde indicó que se acumulaba 1031,29 semanas de cotización; que, para el 30 de enero de 2020, solicitó nuevamente la pensión de vejez por acreditar los requisitos mínimos; que, mediante la Resolución SUB 8801 del 03 de abril de 2020, Colpensiones resolvió la solicitud manifestando que la asegurada es beneficiaria del régimen de transición pero que solo acreditaba 1018 semanas de cotización; que se interpuso recurso de apelación el 8 de mayo de 2020, presentando como prueba la historia laboral entregada por Colpensiones donde acredita 1031 semanas solicitando la corrección y actualización de la historia laboral; que, mediante Resolución No DEP 8299 del 22 de mayo de 2020, confirmó la Resolución No 8801 del 3 de abril de 2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada en forma legal y oportuna, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos los aceptó en su mayoría, sin embargo, explicó que la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez se dio porque la actora no cumple con los requisitos necesarios para acceder a dicha prestación, pues según el reporte de la historia laboral, la demandante no se encontraba afiliada al ISS para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la

sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas, declara probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que el argumento dado por el juzgador de primer grado era equivocado, pues, para acceder al régimen de transición no es necesario estar afiliado al 1º de abril de 1994, dado que, el sistema de seguridad social no excluye ni prohíbe la afiliación a personas que con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100, aporten con empleadores privados, ni les resta efecto a dichas cotizaciones. Por lo tanto, si una persona es cobijada por el régimen de transición, la expectativa legítima de pensionarse sería con la Ley 71 de 1988, sin necesidad de tener aportes en lo público y en lo privado antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema de seguridad social 100. Con fundamento en lo anterior, solicitó que se reconozca la pensión de vejez desde el cumplimiento de la edad, los intereses moratorios que se mencionó del artículo 141, costas y agencias de derecho a la parte demandada.

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

Atendiendo a lo estipulado en el artículo 66 A del CPT y SS, la Sala a continuación realizará el estudio correspondiente según lo expresado por la recurrente al sustentar el recurso de alzada.

PENSIÓN DE VEJEZ

Nubia Esperanza Arias Romero, presentó demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con base en el régimen de transición.

Dicho lo anterior, se debe recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima

media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que, para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad de 40 años para el caso de los hombres, o 15 años de servicios o cotizaciones.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el A.L 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estuviera vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014.

Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con la copia de la cédula de ciudadanía aportada por la demandante y que también obra en el expediente administrativo, se puede establecer que Nubia Esperanza Arias Romero, al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 34 años de edad, pero acorde con el mismo expediente administrativo aportado por Colpensiones y las diversas resoluciones que

negaron el derecho pensional, la actora tiene servicios públicos no cotizados al ISS y cotizados a otras Cajas de Previsión Social, concretamente, a Cajanal por cuenta del empleador Fondo Nacional Hospitalario, entre el 1° de marzo de 1977 y el 30 de diciembre de 1993, y a partir del 1° de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1998 con empleadores privados.

En ese orden, en la apelación la recurrente reclama la aplicación de la Ley 71 de 1988, que prevé el derecho a la pensión de jubilación si se acreditan 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo a entidades de previsión social de cualquier orden y al ISS hoy Colpensiones, más una edad de 60 años para el caso del hombre y 55 años si es mujer; no obstante, con el nuevo criterio de la Sala Laboral de la CSJ, plasmado en la sentencia SL1981-2020, se indicó que, los beneficiarios del régimen de transición, como lo es el caso de la demandante, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas prestadas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS hoy Colpensiones o, simplemente, no cotizadas.

En ese orden, a partir de dicha decisión es posible contabilizar las semanas laboradas en el sector público para efectos de reconocer la pensión por vejez que prevé el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. De manera tal, que no se advierte una razón plausible que impida acumular el tiempo cotizado a Cajanal con las cotizaciones realizadas al ISS hoy Colpensiones; por tanto, el juez de primer grado incurrió en el yerro al no aplicar el régimen más favorable.

Se debe agregar, que resulta equivocado el argumento del juzgador al haber indicado que como antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la activa no tenía cotizaciones por cuenta del sector privado, no era viable acudir, ni al régimen de la Ley 71 de 1988 como al del Acuerdo 049 de 1990, pues la misma jurisprudencia laboral ha sostenido que con el sólo hecho de tener tiempos de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, más las cotizaciones posteriores, se habilita cualquiera de los dos

regímenes, pues las normas no refieren a un tiempo límite a partir del cual se puede hacer esas cotizaciones.

En sentencia CSJ SL7995-2015, la Corte refiriéndose al régimen de la Ley 71 de 1988, explicó sobre este punto:

> *Por manera que, no admite duda alguna que la Ley 71 de 1988 creo un régimen pensional propio, en el que se Radicado n°. 53082 12 distinguieron claramente los requisitos de (I) edad pensional, (II) tiempo de servicios o número de cotizaciones, y (III) monto de la pensión. El cual, frente a otros regímenes pensionales de la época constituyó una novedad, pues permitió la sumatoria de tiempos de servicio oficial con tiempos de servicio particular sobre el rasero conceptual de los llamados aportes o cotizaciones pensionales, tanto a las cajas de previsión social de todo orden como al Instituto de Seguros Sociales, sin atención a la época en que ellos se sufragarían. Lo anterior, a la postre, constituiría el momento previo a la normativa de la Ley 100 de 1993 que permitiría para todas las modalidades pensionales allí previstas, de conformidad con los principios que lo regirían como sistema de carácter universal e incluyente, la sumatoria de las cotizaciones y tiempos de servicio oficial, aún el no cotizado (sentencia de casación de 26 de marzo de 2014, radicación SL4457-2014 e interna 43904), a objeto de obtener las dichas prestaciones.*
>
> *Por ser un régimen pensional propio, precedente a la Ley 100 de 1993, tampoco puede haber duda de que hace parte del espectro de regímenes pensionales comprendido dentro del artículo 36 como de aquellos a los cuales es dable acceder por vía del régimen de transición.*
>
> *Y siendo los requisitos para acceder a los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, exclusivamente, los de edad o tiempos de servicio a la vigencia de tal normativa, lo lógico es concluir que quien los cumplan puede acceder igualmente al régimen de la pensión por aportes si hubieren cotizado en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales.*
>
> *La época del pago o sufragación de aportes –o prestación de servicios oficiales, en su caso-- no tiene trascendencia alguna a efectos del acceso a la pensión por aportes, por ser inequívoco que la fórmula normativa que previó dicha prestación igualmente dispuso que tal acto se podría hacer en cualquier tiempo, con lo cual no marcó un límite temporal, ni siquiera, tampoco, un quantum, proporción o porcentaje entre los servicios oficiales y los particulares que debería demostrar el aspirante a la aludida prestación. De consiguiente, los servicios personales de carácter oficial o particular se podrían cumplir y, por tanto, dar lugar al pago o sufragación de los aportes a la seguridad correspondientes por cuenta de éstos, para quien aspire a esta clase de prestación, en cualquier tiempo, obviamente, antes de que fuere posible adquirir la calidad o status de pensionado.*
>
> *De esa suerte, entiende la Corte, quien cuente con cotizaciones por servicios prestados al sector oficial --o servicios de esa naturaleza sin cotización--, como quien cuente con cotizaciones por los prestados al sector particular, con independencia de la época en que los sufragó o los prestó, o del porcentaje que a cada uno de los referidos sectores correspondan, pero que cumpla los*

> *requisitos exigidos para tenérsele como beneficiado por el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, bien puede válidamente aspirar a que se le reconozca la pensión por aportes del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, sí cumple con los requisitos de edad -- sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer-- y de aportes sufragados a ambos sectores de servicios --veinte (20) años--, que dicha normativa estableció.*
>
> *Ese es el genuino y cabal sentido que debe darse al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente a la pensión por aportes de que trata el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, pues, exigir requisitos que no están comprendidos en la estudiada normativa o tergiversar los que sí lo están para concluir en una fórmula pensional distinta a la prevista por el legislador, sin lugar a duda para la Corte, constituye la violación de la ley anunciada en el cargo, pues con ello lo que se hace es alterar equivocadamente el contenido e inteligencia de los citados preceptos.*

Entonces, si como lo explicó la Corte, para la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988 no se exige una fecha a partir de la cual se deben empezar a hacer las cotizaciones, las cuales puede darse con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, eso sí, teniendo presente que antes hay acumulación de tiempos públicos, con mayor razón, esa misma tesis se extiende al régimen del antiguo ISS hoy Colpensiones, que tampoco limita el tiempo en el cual se realizan esas mismas cotizaciones, que sumadas a los tiempos públicos, y por ser un régimen más favorable en materia del monto aplicable al afiliado, permite su aplicación al caso de la demandante.

Entonces, acorde con la historia laboral del expediente administrativo, la actora acumula cotizaciones entre el 1˚ de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 1998, para un total de 152.95 semanas, y en cuanto al tiempo público, que se recuerda fue entre el 1˚ de marzo de 1977 y el 30 de diciembre de 1993, ello suma 6149 días, o lo es que lo mismo, 878.43 semanas; luego no se entiende la razón por la cual la demandada, en cuanto a dicho tiempo, contabilizó en la mayoría de Resoluciones tan sólo 865.71, semanas, con excepción del reporte de historia laboral de diciembre de 2019, en donde sí efectuó el conteo en forma correcta, pues, el certificado de tiempos públicos no da cuenta de interrupciones, por lo tanto, la entidad modificó esa sumatoria sin ninguna razón para ello.

Recuérdese que la jurisprudencia laboral ha enseñado que las entidades administradoras deben tener sumo cuidado con los reportes de cotizaciones que emiten, pues ello se plasma en actos administrativos que por disposición

normativa se presumen legales. Por ende, el resumen de semanas que expida Colpensiones se presume en principio cierto, veraz y vinculante para la entidad, por lo que no es posible que posteriormente y sin explicaciones razonables expida una historia laboral con información diversa, pues ello transgrede la confianza legítima que los afiliados depositan al elegirla como administradora de sus aportes pensionales (CSJ SL5170-2019).

En ese sentido, la actora acumula un total de 1031,38 semanas a diciembre de 1998, suficientes para cumplir el requisito previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año sobre haber efectuado al menos cotizaciones equivalentes a quinientas (500) semanas en los veinte (20) años previos al cumplimiento de la edad requerida, o mil (1.000) semanas de cotización en cualquier tiempo. No obstante, la edad de 55 años fue cumplida el 1˚ de julio de 2014, es decir, en fecha posterior al primer límite del régimen de transición, que se recuerda, fue el 31 de julio de 2010. Pero, para el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del AL 01 de esa anualidad, la activa superaba igualmente las 750 semanas de cotizaciones. Entonces, para la demandante todavía existía la posibilidad de conservar la transición hasta finales del 2014, como en efecto ocurrió, porque se satisficieron los requisitos en la fecha de cumplimiento de la edad, se insiste, el 1˚ de julio de 2014.

Así las cosas, la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1˚ de julio de 2014, pero en cuanto al IBL, se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que hace alusión para el evento de quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, al promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior; o si alguien beneficiario con la transición, pero que le faltare más de 10 años para adquirir el estatus de pensionado, deberá obtener su ingreso base con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador,

si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Como en el asunto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que lo fue el 1º de abril de 1994, la actora tenía 34 años, es claro que le faltaban más de 10 años para adquirir el estatus pensional; por ende, la forma de obtener el IBL es con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, en razón a que, según la historia laboral, no cotizó más de 1250 semanas. Pero como la activa no realizó aportes en esos últimos 10 años, ya que la última cotización data de diciembre de 1998, la Corte ha establecido que para obtener el IBL debe partirse de la última cotización y retroceder en el tiempo hasta cubrir el periodo respectivo, tal como lo adoctrinó en sentencia CSJ SL7061-2016, reiterada en la CSJ SL3839-2018.

En cuanto al monto de la prestación el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, prevé que entre el rango de 1000 y 1049 semanas corresponde un porcentaje del 75%, y como la demandante acumuló un total de 1031,38 semanas, le corresponde dicho porcentaje.

PRESCRIPCIÓN

Ahora; como la pasiva propuso la excepción de prescripción, se debe recordar que el estatus de pensionado es imprescriptible, no así las mesadas, las cuales quedan cobijadas por esta figura sino son reclamadas dentro del término trienal previsto en los artículos 151 del CPL y 488 del CST. En el asunto, la actora presentó reclamación administrativa, el 1° de febrero de 2016, la cual fue resuelta negativamente mediante la Resolución GNR 131877 de 2016, confirmada con la Resolución VPB 35421 del 12 de septiembre 2016 al resolver el recurso de apelación y notificada el 20 del mismo mes y año, por ende, al interrumpirse con dicha reclamación, la activa tenía hasta el 20 de septiembre de 2019, para presentar la acción, lo cual vino hacerse hasta el 23 de septiembre de 2020; de suerte que, como se trata de prestaciones periódicas que se van causando mes a mes, efectivamente se debe tener en cuenta, la solicitud del 30 de enero de 2020 como fecha de interrupción, la cual fue resuelta mediante Resolución SUB 8801 del 03 de abril de 2020, por

lo que las mesadas causadas con anterioridad al 30 de enero de 2017 fueron cobijadas por la prescripción.

Se procede a la liquidación de la pensión:

Promedio Salarial Anual							
Año 1986							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
Año 1987							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
28/01/87	***31/01/87***	*4*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 4.194,67*		
01/02/87	***28/02/87***	*28*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 29.362,67*		
01/03/87	***31/03/87***	*31*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 32.508,67*		
01/04/87	***30/04/87***	*30*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 31.460,00*		
01/05/87	***31/05/87***	*31*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 32.508,67*		
01/06/87	***30/06/87***	*30*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 31.460,00*		
01/07/87	***31/07/87***	*31*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 32.508,67*		
01/08/87	***31/08/87***	*31*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 32.508,67*		
01/09/87	***30/09/87***	*30*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 31.460,00*		
01/10/87	***31/10/87***	*31*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 32.508,67*		
01/11/87	***30/11/87***	*30*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 31.460,00*		
01/12/87	***31/12/87***	*31*	*31.460,00*	*1.048,67*	*$ 32.508,67*		
Total días		*338*			*$ 354.449,33*	*$ 1.048,67*	***$ 31.460,00***
Año 1988							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/88	***31/01/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		
01/02/88	***29/02/88***	*29*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 38.086,67*		
01/03/88	***31/03/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		
01/04/88	***30/04/88***	*30*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 39.400,00*		
01/05/88	***31/05/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		
01/06/88	***30/06/88***	*30*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 39.400,00*		
01/07/88	***31/07/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		
01/08/88	***31/08/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		
01/09/88	***30/09/88***	*30*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 39.400,00*		
01/10/88	***31/10/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		

01/11/88	***30/11/88***	*30*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 39.400,00*		
01/12/88	***31/12/88***	*31*	*39.400,00*	*1.313,33*	*$ 40.713,33*		
Total días		*366*			*$ 480.680,00*	*$ 1.313,33*	***$ 39.400,00***
Año 1989							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/89	***31/01/89***	*31*	*49.250,00*	*1.641,67*	*$ 50.891,67*		
01/02/89	***28/02/89***	*28*	*49.250,00*	*1.641,67*	*$ 45.966,67*		
01/03/89	***31/03/89***	*31*	*49.250,00*	*1.641,67*	*$ 50.891,67*		
01/04/89	***30/04/89***	*30*	*49.250,00*	*1.641,67*	*$ 49.250,00*		
01/05/89	***31/05/89***	*31*	*49.250,00*	*1.641,67*	*$ 50.891,67*		
01/06/89	***30/06/89***	*30*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 61.250,00*		
01/07/89	***31/07/89***	*31*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 63.291,67*		
01/08/89	***31/08/89***	*31*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 63.291,67*		
01/09/89	***30/09/89***	*30*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 61.250,00*		
01/10/89	***31/10/89***	*31*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 63.291,67*		
01/11/89	***30/11/89***	*30*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 61.250,00*		
01/12/89	***31/12/89***	*31*	*61.250,00*	*2.041,67*	*$ 63.291,67*		
Total días		*365*			*$ 684.808,33*	*$ 1.876,19*	***$ 56.285,62***
Año 1990							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/90	***31/01/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
01/02/90	***28/02/90***	*28*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 70.326,67*		
01/03/90	***31/03/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
01/04/90	***30/04/90***	*30*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 75.350,00*		
01/05/90	***31/05/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
01/06/90	***30/06/90***	*30*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 75.350,00*		
01/07/90	***31/07/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
01/08/90	***31/08/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
01/09/90	***30/09/90***	*30*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 75.350,00*		
01/10/90	***31/10/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
01/11/90	***30/11/90***	*30*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 75.350,00*		
01/12/90	***31/12/90***	*31*	*75.350,00*	*2.511,67*	*$ 77.861,67*		
Total días		*365*			*$ 916.758,33*	*$ 2.511,67*	***$ 75.350,00***
Año 1991							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/91	***31/01/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		
01/02/91	***28/02/91***	*28*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 85.820,00*		
01/03/91	***31/03/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		

01/04/91	***30/04/91***	*30*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 91.950,00*		
01/05/91	***31/05/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		
01/06/91	***30/06/91***	*30*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 91.950,00*		
01/07/91	***31/07/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		
01/08/91	***31/08/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		
01/09/91	***30/09/91***	*30*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 91.950,00*		
01/10/91	***31/10/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		
01/11/91	***30/11/91***	*30*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 91.950,00*		
01/12/91	***31/12/91***	*31*	*91.950,00*	*3.065,00*	*$ 95.015,00*		
Total días		*365*			*$ 1.118.725,00*	*$ 3.065,00*	***$ 91.950,00***

Año 1992

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/92	***31/01/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
01/02/92	***29/02/92***	*29*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 112.706,57*		
01/03/92	***31/03/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
01/04/92	***30/04/92***	*30*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 116.593,00*		
01/05/92	***31/05/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
01/06/92	***30/06/92***	*30*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 116.593,00*		
01/07/92	***31/07/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
01/08/92	***31/08/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
01/09/92	***30/09/92***	*30*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 116.593,00*		
01/10/92	***31/10/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
01/11/92	***30/11/92***	*30*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 116.593,00*		
01/12/92	***31/12/92***	*31*	*116.593,00*	*3.886,43*	*$ 120.479,43*		
Total días		*366*			*$ 1.422.434,60*	*$ 3.886,43*	***$ 116.593,00***

Año 1993

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/93	***31/01/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		
01/02/93	***28/02/93***	*28*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 136.025,87*		
01/03/93	***31/03/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		
01/04/93	***30/04/93***	*30*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 145.742,00*		
01/05/93	***31/05/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		
01/06/93	***30/06/93***	*30*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 145.742,00*		
01/07/93	***31/07/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		
01/08/93	***31/08/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		
01/09/93	***30/09/93***	*30*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 145.742,00*		
01/10/93	***31/10/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		
01/11/93	***30/11/93***	*30*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 145.742,00*		
01/12/93	***31/12/93***	*31*	*145.742,00*	*4.858,07*	*$ 150.600,07*		

Total días		*365*			*$ 1.773.194,33*	*$ 4.858,07*	***$ 145.742,00***
Año 1996							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/96	***31/01/96***	*20*	*187.000,00*	*6.233,33*	*$ 124.666,67*		
01/02/96	***29/02/96***	*30*	*264.000,00*	*8.800,00*	*$ 264.000,00*		
01/03/96	***31/03/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/04/96	***30/04/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/05/96	***31/05/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/06/96	***30/06/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/07/96	***31/07/96***	*30*	*266.000,00*	*8.866,67*	*$ 266.000,00*		
01/08/96	***31/08/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/09/96	***30/09/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/10/96	***31/10/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/11/96	***30/11/96***	*30*	*267.000,00*	*8.900,00*	*$ 267.000,00*		
01/12/96	***31/12/96***	*30*	*261.000,00*	*8.700,00*	*$ 261.000,00*		
Total días		*350*			*$ 3.051.666,67*	*$ 8.719,05*	***$ 261.571,43***
Año 1997							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/97	***31/01/97***	*30*	*316.000,00*	*10.533,33*	*$ 316.000,00*		
01/02/97	***28/02/97***	*30*	*325.000,00*	*10.833,33*	*$ 325.000,00*		
01/03/97	***31/03/97***	*30*	*325.000,00*	*10.833,33*	*$ 325.000,00*		
01/04/97	***30/04/97***	*30*	*325.000,00*	*10.833,33*	*$ 325.000,00*		
01/05/97	***31/05/97***	*30*	*318.000,00*	*10.600,00*	*$ 318.000,00*		
01/06/97	***30/06/97***	*30*	*322.000,00*	*10.733,33*	*$ 322.000,00*		
01/07/97	***31/07/97***	*30*	*311.000,00*	*10.366,67*	*$ 311.000,00*		
01/08/97	***31/08/97***	*30*	*303.750,00*	*10.125,00*	*$ 303.750,00*		
01/09/97	***30/09/97***	*30*	*303.750,00*	*10.125,00*	*$ 303.750,00*		
01/10/97	***31/10/97***	*30*	*321.071,00*	*10.702,37*	*$ 321.071,00*		
01/11/97	***30/11/97***	*30*	*338.742,00*	*11.291,40*	*$ 338.742,00*		
01/12/97	***31/12/97***	*30*	*334.120,00*	*11.137,33*	*$ 334.120,00*		
Total días		*360*			*$ 3.843.433,00*	*$ 10.676,20*	***$ 320.286,08***
Año 1998							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/98	***31/01/98***	*30*	*317.000,00*	*10.566,67*	*$ 317.000,00*		
01/02/98	***28/02/98***	*30*	*409.000,00*	*13.633,33*	*$ 409.000,00*		
01/03/98	***31/03/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/04/98	***30/04/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/05/98	***31/05/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		

01/06/98	***30/06/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/07/98	***31/07/98***	*30*	*432.000,00*	*14.400,00*	*$ 432.000,00*		
01/08/98	***31/08/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/09/98	***30/09/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/10/98	***31/10/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/11/98	***30/11/98***	*30*	*398.000,00*	*13.266,67*	*$ 398.000,00*		
01/12/98	***31/12/98***	*30*	*397.000,00*	*13.233,33*	*$ 397.000,00*		
Total días		*360*			*$ 4.739.000,00*	*$ 13.163,89*	***$ 394.916,67***

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1987	*338*	*2,880*	*79,56*	*27,625*	*$ 31.460,00*	*$ 869.082,50*	*$ 9.791.662,83*
1988	*366*	*3,580*	*79,56*	*22,223*	*$ 39.400,00*	*$ 875.604,47*	*$ 10.682.374,53*
1989	*365*	*4,580*	*79,56*	*17,371*	*$ 56.285,62*	*$ 977.747,52*	*$ 11.895.928,17*
1990	*365*	*5,780*	*79,56*	*13,765*	*$ 75.350,00*	*$ 1.037.170,59*	*$ 12.618.908,82*
1991	*365*	*7,650*	*79,56*	*10,400*	*$ 91.950,00*	*$ 956.280,00*	*$ 11.634.740,00*
1992	*366*	*9,700*	*79,56*	*8,202*	*$ 116.593,00*	*$ 956.303,00*	*$ 11.666.896,57*
1993	*365*	*12,140*	*79,56*	*6,554*	*$ 145.742,00*	*$ 955.126,32*	*$ 11.620.703,56*
1996	*350*	*21,800*	*79,56*	*3,650*	*$ 261.571,43*	*$ 954.615,73*	*$ 11.137.183,49*
1997	*360*	*26,520*	*79,56*	*3,000*	*$ 320.286,08*	*$ 960.858,25*	*$ 11.530.299,00*
1998	*360*	*31,210*	*79,56*	*2,549*	*$ 394.916,67*	*$ 1.006.714,83*	*$ 12.080.578,02*
Total días	***3600***				***Total devengado actualizado a:***	***2014***	***$ 114.659.274,98***
Total semanas	***514,29***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 955.493,96***
Total Años	***10,00***					***Porcentaje aplicado***	***75%***
						Primera mesada	***$ 716.620,47***
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	***2014***	***$ 616.000,00***

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 716.620,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 742.848,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 793.139,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/02/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 838.744,00*	*12,00*	*$ 10.064.928,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 873.049,00*	*13,00*	*$ 11.349.637,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 900.812,00*	*13,00*	*$ 11.710.556,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 935.043,00*	*13,00*	*$ 12.155.559,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 950.097,00*	*13,00*	*$ 12.351.261,0*
01/01/22	***31/10/22***	*5,62%*	*$ 1.003.492,00*	*10,00*	*$ 10.034.920,0*

Total retroactivo	***$ 67.666.861,00***

INDEXACIÓN

Como la activa no solicitó intereses moratorios, se debe impartir condena por indexación del retroactivo generado como una forma de paliar los efectos negativos del fenómeno inflacionario que hace que los créditos laborales, para el momento del pago efectivo no se vean reducidos en su verdadero valor; recordando que la indexación puede concederse incluso de manera oficiosa (CSJ SL359-2021).

MECANISMO DE FINANCIACIÓN

Por cuenta de lo previsto en el inciso 3.° del artículo 1.° del Decreto 13 de 2001, que reglamenta los artículos 115, 117 y 128 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, Cajanal hoy la Ugpp debe asumir la cuota parte correspondiente al tiempo en el que la demandante realizó aportes a esa entidad, dado que, ese es un mecanismo que consagra la ley de seguridad social para financiar la prestación y, de esa forma, contrarrestar los eventuales efectos negativos del cómputo de tiempos públicos y privados. Así las cosas, se dispone autorizar a Colpensiones a requerir a la Caja de Previsión Social hoy UGPP para que le traslade, en caso de no haberlo hecho, la fracción que le concierne.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Revocar la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a reconocer la pensión de vejez del demandante, a partir del 1° de julio de 2014, en cuantía inicial de $716.620,47, por trece (13) mesadas, con un retroactivo pensional hasta

octubre de 2022, equivalente a $67.666.861,00, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando con los reajustes legales anuales.
Segundo.- Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción con anterioridad a las mesadas causadas al 30 de enero de 2017, de conformidad con lo explicado en la parte motiva.
Tercero.- Condenar a Colpensiones al reconocimiento del retroactivo generado debidamente indexado al momento de su pago efectivo.
Cuarto.- Autorizar a Colpensiones a requerir a la Caja de Previsión Social hoy UGPP para que le traslade, en caso de no haberlo hecho, la fracción que le concierne.
Quinto.- Costas de primera instancia a cargo de la demandada y sin costas en esta instancia.

Notifíquese y Cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERNÁN PACHECO MAYORGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas por Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Hernán Pacheco Mayorga, por medio de apoderado judicial, demandó a Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare que tiene derecho a la corrección de la historia laboral, a efectos de que se incluya como semanas efectivamente cotizadas el período comprendido entre el 28 de enero de 1993 y el 15 de diciembre de 1995, mientras prestó sus servicios

al empleador Autobuses Olímpica Ltda, más el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la L. 100 de 1993, y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró que prestó sus servicios a través de contrato de trabajo con la sociedad Autobuses Olímpica Ltda entre el 28 de enero de 1993 y el 15 de diciembre de 1995, sin embargo, ese período no se ve reflejado en la historia laboral; que le solicitó a Colpensiones la corrección de la historia laboral, pero dicha entidad le trasladó la carga de la prueba de la acreditación de ese período, el cual ha sido difícil su consecución, en razón a que el empleador se encuentra liquidado, y sólo cuenta con una certificación laboral, que en todo caso la entidad no aceptó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, quien se opuso a las pretensiones, para lo cual indicó que el actor "(…) no acredita mediante documentos que realmente tuviera una relación laboral durante los extremos temporales que aduce, adicionalmente es de resaltar que no es procedente esta petición en atención a que los intereses moratorios proceden únicamente ante la demora en el pago de mesadas, situación diferente a la aquí presentada"; en cuanto a los hechos sostuvo que no le constaban y que no eran ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante sentencia referida al inicio de este fallo, en la que ordenó a Colpensiones corregir la historia laboral del demandante y, como consecuencia, incluir los ciclos comprendidos entre el veintiocho (28) de enero de 1993, hasta el tres (3) de febrero de 1993 y desde el primero (1°) de enero de 1995, hasta el treinta (30) de noviembre de 1995, sin perjuicio de las acciones que tenga la administradora

para obtener el pago con los respectivos intereses a que haya lugar, conforme lo establece el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, y condenó en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que no es la llamada a responder por la omisión del empleador en la afiliación del trabajador, que fue el caso que aquí se presentó, por ende, la entidad no podía exigírsele acciones de cobro. Agregó, que no se podía avalar el período alegado por el demandante con una simple certificación de un tercero que no fue vinculado al proceso con el fin de confirmar el contenido de lo allí expresado. Acorde con lo anterior, solicitó que se revoque la decisión condenatoria y se absuelva a la entidad.

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

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las demandadas al momento de la sustentación de sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas por Colpensiones.

APORTES PENSIONALES, COTIZACIÓN EN MORA Y FALTA DE AFILIACIÓN

Aduce el accionante que, pese a que prestó sus servicios a través de un contrato de trabajo con el empleador Autobuses Olímpica Ltda, entre el 28 de enero de 1993 y el 15 de diciembre de 1995, acorde con la certificación que en su momento le expidió dicha sociedad, en la historia laboral no se ve reflejado ese período, por lo que solicita se incluya como cotizaciones efectivamente realizadas.

Para el juzgador de primer grado, la certificación aportada que da cuenta de la prestación del servicio por ese tiempo a favor de dicho empleador es suficiente para causar las cotizaciones que no fueron cobradas por la entidad de seguridad social, y como el organismo demandado no demostró haber efectuado las acciones de cobro, esa omisión no le resulta imputable al trabajador. Colpensiones discrepa de dicha conclusión, pues, en su criterio, no es viable computar ese período como

semanas efectivamente cotizadas con una simple certificación, máxime, que se trata de una falta de afiliación en donde la administradora no puede iniciar acciones de cobro.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la jurisprudencia de la alta Corporación del trabajo ha distinguido entre las cotizaciones en mora y la falta de afiliación al sistema, con respecto a lo primero ha sostenido que, para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, si se presenta duda frente a la relación de trabajo, con el fin de evitar fraudes al sistema, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral del cual se pretende computar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).

En lo segundo, esto es, la falta de afiliación, la Corte ha señalado que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de los aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización. De esta manera, ha señalado que Colpensiones no está habilitada para adelantar acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo (CSJ SL3609-2021, CSJ SL3845-2021, CSJ SL1506-2021, CSJ SL5058-2020).

En la primera de las sentencias referenciadas se indicó:

> *Bajo ese contexto, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al considerar que no era viable contabilizar para efectos pensionales los periodos laborados en Ingenieros Civiles Asociados S.A. del 1.° de septiembre de 1975 al 17 de octubre de 1977 y en el Consorcio Vianni – Entrecanales del 11 de diciembre de 1984 al 5 de enero de 1987, pues los empleadores que omitieron afiliar al trabajador durante esos lapsos no fueron convocados al proceso y Colpensiones no tenía conocimiento de la relación laboral, lo que le impidió ejercer cualquier acción de cobro.*
>
> *Pues bien, el razonamiento del Tribunal no es equivocado, por el contrario, está acorde con lo afirmado por esta Corporación que de manera reiterada y pacífica ha establecido en su jurisprudencia que los eventos de «mora» en el pago de los aportes se diferencian en sus consecuencias frente a la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, pues en este último caso, que es el del actor, no es posible imputarle negligencia o descuido a la entidad de seguridad social en relación con el deber de cobro coactivo de los aportes.*

> *Lo anterior, por cuanto al no existir el acto de afiliación que informara al sistema pensional sobre el vínculo laboral con el trabajador, no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de los aportes, en tanto desconocía el hecho generador de la cotización. De esta manera, Colpensiones no estaba habilitada para adelantar acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo que ahora afirma el recurrente.*
>
> *(…)*
>
> *En consecuencia, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes, toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema primero debe reportarse la afiliación del trabajador y un incumplimiento en el pago de la cotización. Ello es así, porque el deber de efectuar cotizaciones nace a partir de la relación de trabajo, la cual se pone en conocimiento del sistema de seguridad social mediante el formulario de afiliación del trabajador o de la novedad de vinculación laboral; de manera que al omitirse esta, no es posible que la administradora establezca la condición de deudor moroso del sistema.*
>
> *Lo anterior, de ninguna manera significa que el empleador quede liberado de su obligación o que los periodos laborados y carentes de cotización no deban contabilizarse para efectos pensionales; por el contrario, ese tiempo debe computarse en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, para lo cual el empleador deberá pagar el cálculo actuarial a la administradora de pensiones, representado por un bono o título pensional; sin embargo, en el presente asunto ello no resulta viable comoquiera que los presuntos responsables no fueron convocados a juicio, lo que impide emitir una condena en su contra, como en efecto lo estimó el ad quem (CSJ SL4021-2019, SL3055-2019 y CSJ SL837-2020).*

Dicho lo anterior, encuentra la Sala que, en la historia laboral que obra en el expediente administrativo, ciertamente obra un reporte con el empleador Autobuses Olímpica Ltda, entre el 04/02/1993 y el 31/12/1994, para un equivalente de 99.43 semanas de cotización, que en comparación con la certificación de ese mismo empleador que también se encuentra en el expediente administrativo, que data del 18 de diciembre de 1995, corresponde a una parte del periodo certificado, pues, se recuerda que en ese documento da fe de que el demandante trabajó, entre el 28 de enero de 1993 y el 15 de diciembre de 1995.

Para la Sala, la certificación del empleador en este caso específico no ofrece duda, ya que, de alguna manera tiene respaldo en el reporte de historia laboral, lo que significa que en el fondo existió una relación laboral de la cual se desprenden obligaciones con el sistema de la seguridad social, y no algo ficticio o acomodado a efectos de aprovecharse o completar indiscriminadamente los requisitos para

una eventual prestación económica, con mayor razón, si como se observa en el mismo expediente administrativo, el empleador entró en liquidación en el 2015, y no existe forma de exigirle un reporte del contrato de trabajo, pagos de nómina, entre otros elementos, que, para el trabajador, después de más de dos décadas le resulta imposible de cumplir.

No obstante, contrario a lo concluido por el juzgador de primer grado, y acorde con el reporte de novedades registradas, que también se encuentra en el expediente administrativo, el ingreso con el empleador Autobuses Olímpica Ltda, data del 04/02/1993, lo que significa que dicha sociedad, acorde con su propia certificación, no afilió al trabajador el día que ingresó a laborar, esto es, el 28 de enero de 1993; y en ese sentido, entre esta fecha y el día antes de la novedad de ingreso, el incumplimiento del empleador no puede ser asumido por la entidad administradora del RPMPD, porque como se explicó en líneas precedentes, cuando no existe afiliación, no hay forma de exigirle al organismo administrador enterarse de los pormenores de la relación laboral, y por tanto, tampoco se le puede conminar a ejercitar las acciones de cobro.

No ocurre lo mismo con el período ordenado por el a quo, correspondiente entre el 1˚ de enero de 1995 al 30 de noviembre de ese mismo año, porque, allí sí se puede inferir una falta de gestión del organismo administrador en verificar el cumplimiento del traslado de los recursos de las cotizaciones, en cuanto ese mismo documento de relación de novedades, da cuenta que Autobuses Olímpica Ltda reportó lo que denominó un "cambio de sistema" para el ciclo 31/12/1994; lo que implica entender, que la relación laboral se mantenía pero el empleador fue omiso en su obligación de cotizar, pues, no obra novedad de retiro alguno como sí se observa en los demás empleadores para los cuales prestó sus servicios el demandante, incluso en época anterior.

Como el empleador no reportó el retiro del trabajador, estando vigente el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que le exigía al ente administrador adelantar las gestiones de cobro, debía el organismo actuar en aras de requerir al empleador omiso en trasladar los recursos al sistema, en tanto se acreditó que, para esa sociedad, el demandante prestó sus servicios hasta el 15 de diciembre de 1995. Entonces, en ese último periodo no se equivocó el sentenciador de primer grado al

ordenar que se computara, pues, se insiste, que como la entidad administradora no ejercitó las acciones de cobro coactivo para recuperar las cotizaciones, estando dentro de sus posibilidades, en cuanto en su sistema informativo podía verificar una posible irregularidad o incumplimiento del empleador al no reportar la novedad de retiro, esa falta de gestión no puede imputársele al trabajador.

Se debe adicionar la decisión de primer grado, pues la historia laboral no sólo debe dar cuenta del período de cotización, sino igualmente del salario, en cuanto para una liquidación de una prestación económica se requiere de ese valor para obtener el IBL. En tal orden, como la certificación del empleador Autobuses Olímpica Ltda no describe la remuneración que recibió el trabajador por el último período laborado, por lo menos se deberá tener en cuenta el salario reportado por ese mismo empleador en el último ciclo cotizado (31/12/1994) como una forma de concebir la continuidad de la relación laboral sin desmejora de las condiciones del trabajador, lo cual se traduce en una garantía para una posible prestación pensional.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

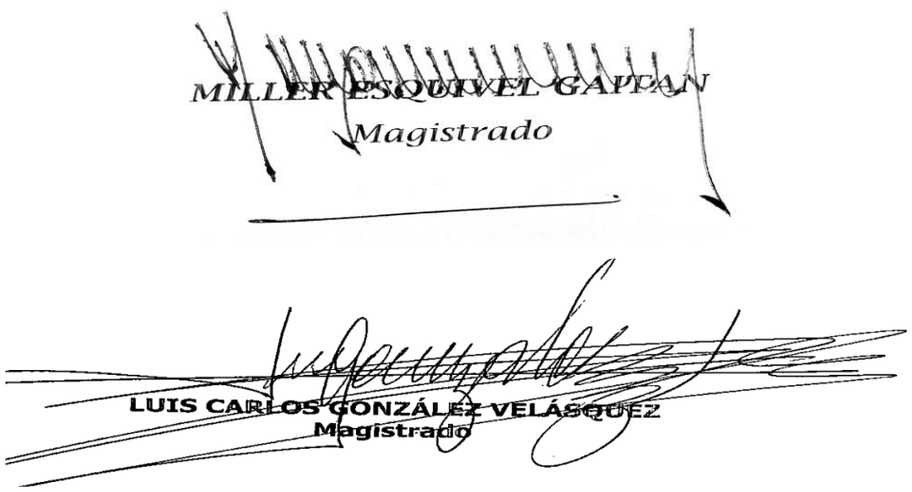
Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el derecho pensional del demandante, en últimas, es imprescriptible, tal como lo ha indicado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, debe recordarse que, mientras esté en proceso de consolidación el derecho pensional, aquellas acciones tendientes a su construcción, como ocurre con la corrección de la historia laboral son imprescriptibles, es decir, que en cualquier tiempo es viable para el afiliado solicitar a la entidad administradora su acomodo a la realidad, pues de ello dependerá el acceso a las prestaciones económicas. En consecuencia, en ese punto no se equivocó el sentenciador al declarar no probada dicha excepción.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Modificar y adicionar el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, el cual quedará de la siguiente manera:
Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, corregir la historia laboral del señor Hernán Pacheco Mayorga, teniendo en cuenta para ello, el ciclo comprendido entre el primero (1°) de enero y el treinta (30) de noviembre de 1995, con el salario que venía siendo reportado por el empleador Autobuses Olímpica Ltda al 31 de diciembre de 1994, sin perjuicio de las acciones que tenga la administradora, para obtener el pago con los respectivos intereses a que haya lugar, conforme lo establece el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, por las razones referidas en la parte motiva de la sentencia.
Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.
Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y Cúmplase.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERNARDO AGUSTÍN VARGAS REINA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Bernardo Agustín Vargas Reina, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- para que se condene a la reliquidación de la pensión de vejez con el 80% sobre el IBL, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, indicó que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución SUB 178261 del 29 de agosto de 2017, con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de $2.172.721, con

un IBL más favorable de $2.763.222 al cual le aplicó una tasa de reemplazo de 78.63% y un total de 2181 semanas cotizadas; que el 10 de julio de 2020, solicitó a la entidad la reliquidación de la pensión, pues debió aplicarse un monto del 80% sobre el IBL; que mediante Resolución SUB 151722 del 15 de julio de 2020, Colpensiones negó la petición, aduciendo que la prestación se liquidó conforme a lo previsto en la ley, lo cual fue confirmado con la Resolución DPE 12190 del 9 de septiembre de 2020, al resolver el recurso de apelación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, a través de escrito incorporado en el expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos adujo que eran ciertos, pero en su defensa sostuvo que no podía tomarse más allá de las 1800 semanas, que le generan un 15% en la tasa de reemplazo, y que en todo caso, debía recordarse que la tasa de reemplazo es decreciente en función de los ingresos del afiliado, es decir, entre más altos los ingresos, menor será su tasa de reemplazo, motivo por el cual no es posible reliquidar con una tasa de reemplazo del 80%. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, compensación y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró el derecho del demandante a la reliquidación pretendida, por ende, condenó a Colpensiones a reconocer la pensión al actor en cuantía inicial de $2.210.577, a partir del 1° de septiembre de 2017, y como valor del retroactivo generado por diferencias pensionales, la suma de $2.607.926; así mismo, condenó a la demandada al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de noviembre de 2020, sobre cada una de las

diferencias adeudadas desde que se hicieron exigibles y hasta cuando se verifique el pago efectivo, más las costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, la parte demandada la recurrió, alegando que se reconoció la pensión de vejez conforme con las previsiones legales, concretamente, como lo dispone el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, esto es, el número de semanas adicionales del demandante, la división del indicador de descuento que arroja luego de dividir el IBL entre el smmlv de cada año. En ese sentido y evidenciando la fórmula matemática allí realizada, se tiene que la tasa de reemplazo del demandante asciende a 78,63%. Con respecto a los intereses moratorios indicó que, conforme con lo previsto en la sentencia CSJ SL 4338 del 2019, CC T-586 de 2012 y CC C-601 del 2000, no resultan procedente la condena por estos intereses, con mayor razón cuando se trata de reliquidación.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor los puntos no apelados.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No se discute que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 178261 del 29 de agosto de 2017, a partir del 1° de septiembre de 2017, con un total de 2181 semanas con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, con un IBL más favorable de $2.763.222, al cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 78.63%, para una cuantía inicial de $2.171.721, por ende, el problema jurídico a resolver consiste en establecer, si el demandante tiene derecho a la reliquidación pensional con una tasa de reemplazo del 80% con base en lo previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, acorde con la fórmula decreciente aplicada al caso concreto, y no el finalmente utilizado por la entidad, quien para ello sólo tuvo en cuenta 500

semanas adicionales a las mínimas exigidas y no las verdaderamente acumuladas en toda la historia laboral.

Frente a ello, se recuerda que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 prevé lo siguiente:

> *El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*
>
> *El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*
>
> *r = 65.50 - 0.50 s, donde:*
>
> *r = porcentaje del ingreso de liquidación.*
>
> *s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.*

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre dicha modificación introducida por el legislador del 2003, señalando que aquella tuvo como finalidad la de hacer sostenible el sistema y reducir en alguna proporción el déficit generalizado del mismo en razón del nivel de subsidios que el Estado estaba entregado a un mínimo de pensionados con un nivel de ingreso mayor, por lo que, bajo el principio de configuración legislativa en materia pensional, tal modificación tuvo "(…) una explicación necesaria, idónea y proporcional de parte del legislador, que fue el sostenimiento del sistema de pensiones, sostenimiento que se relaciona con los principios de eficiencia, universalidad y equidad del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la C.P. (CC C-228-11)" y resaltar que en este sistema de reparto simple "(…) no existe la posibilidad de recuperar en idéntica proporción lo sufragado, dada la naturaleza redistributiva del sistema y en atención a las distintas variables que se tienen en cuenta para garantizar el sostenimiento. Su carácter igualitario deriva de que, ese mecanismo, permite compensar la situación de aquellos que, de ser exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez (…) En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada (CC C-083-19)".

Así las cosas, dependiendo de la fecha de causación de la prestación se aplican los diferentes incisos de la norma, con una fórmula específica que aplica porcentaje de salarios mínimos y un porcentaje en forma decreciente en función del nivel de ingresos, porcentaje que va aumentado luego de superadas las semanas mínimas de cotización hasta completar un monto máximo del 80% sobre el IBL.

Para el asunto resultan aplicables las disposiciones del tercer inciso en adelante, en razón a que el derecho pensional se causó con posterioridad al año 2004, dado que el accionante cumplió los 62 años exigidos por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del art. 33 de la Ley 100 de 1993, el 5

de agosto de 2017, según el contenido del acto administrativo que reconoció la pensión.

Por consiguiente, para obtener la tasa de reemplazo aplicable al IBL y verificar hasta dónde es posible aumentar el porcentaje con el número de semanas adicionales tenemos:

La fórmula inicial corresponde a R= 65,5 – (0.50 x S)

En efecto, R constituye la tasa de reemplazo y S es el IBL dividido por el smmlv del momento en que se hace el cálculo del reconocimiento pensional. Como en el asunto el IBL corresponde a la suma de $2.763.222, el cual se ha de dividir por el smmlv del 2017, esto es, por $737.717, dado que para esa anualidad se liquida la prestación, lo cual arroja 3.74 smmlv.

De suerte, que R en este caso será:

R= 65,5 – (0,5 x 3.74)
R= 65,5 – (1.87)
R= 63.63

Lo anterior significa que el pensionado tendrá como porcentaje inicial la suma de 63.63%, la cual se incrementará por cada 50 semanas adicionales a las mínimas exigidas por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del art. 33 de la Ley 100 de 1993, en un 1,5%.

El demandante acumuló un total de 2181 semanas y las mínimas exigidas para el momento del cumplimiento de la edad eran 1300, por lo que el pensionado excedió un equivalente a 881 semanas, que, para efectos de incrementar la mesada se tienen en cuenta 850, como quiera que el incremento del 1,5% a la tasa de reemplazo inicial solo opera por cada 50 semanas adicionales a las mínimas, como se ha reiterado.

Tenemos:

1,5 x 850 / 50=25,5

Entonces, por 850 semanas adicionales, el porcentaje se incrementa un 25.5%, que sumado al 63,63% inicial, se eleva hasta el 89.13%; pero como lo indicó acertadamente tanto el demandante como la juzgadora de primer grado, la norma no permite que la tasa de reemplazo supere el 80%, por ende, el monto aplicable será el límite mayor definido por el legislador.

En consecuencia, a un IBL de $2.763.222 x 80% se obtiene una mesada inicial de $2.210.577,6, tal como lo definió la juzgadora de primer grado.

Cabe agregar que, la operación llevada a cabo por Colpensiones en el reconocimiento pensional y en las resoluciones que negaron la reliquidación, que tanto defendió en el proceso, no es acertada, porque la entidad sólo le tiene en cuenta como semanas adicionales, el equivalente a 500, alegando que no se pueden tener en cuenta más allá de las 1800 semanas, pero sin dar una justificación legal para ello, siendo que la norma en ningún momento impone ese límite, simplemente establece que, posterior a las 1300 semanas, se incrementa en un porcentaje, hasta permitirle al pensionado llegar a un máximo del 80% como tasa de reemplazo. Incluso, la tesis de la entidad es contraria a lo previsto al artículo 13 del Acu. 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que como se sabe, resulta aplicable a las prestaciones de la Ley 100 de 1993, el cual indica que se debe tener en cuenta hasta la última cotización del afiliado; además de desestimular la fidelidad de la cotización y la posibilidad del trabajador de aumentar la prestación y con ello, contribuir en el sostenimiento financiero del sistema con un número mayor de cotizaciones.

INTERESES MORATORIOS

Es cierto lo dicho por la demandada, según el cual, la doctrina reiterada de la Corte sostenía que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden solo en el evento en que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando existe un reajuste o reliquidación; no obstante, ese criterio fue modificado por la alta Corporación, al indicar que no existía una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los mentados réditos cuando se trata de reajustes pensionales, pues eso no es lo que se deriva del precepto en estudio, interpretado de manera racional y

lógica. En la sentencia CSJ SL3130-2020, indicó:

> *[…] la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.*
>
> *Ahora bien, la posición que se sienta a través de esta decisión y que se justifica en líneas anteriores merece dos precisiones fundamentales.*
>
> *En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.*
>
> *En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago».*

Entonces, como los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden tanto por falta de pago (omisión) como en el caso de pagos deficitarios de la obligación (pago parcial o incompleto), es claro que en este evento la entidad se hace deudora de estos emolumentos tal como lo precisó la a quo; y en cuanto a la fecha a partir de la cual se causan, la jurisprudencia laboral también ha sostenido que para réditos como la pensión de vejez, se aplica igualmente el término de cuatro (4) meses que tenía la entidad para reconocer cumplida y completamente la prestación. En este caso, el 8 de agosto de 2017, el actor solicitó el reconocimiento pensional, por ende, Colpensiones tenía hasta el 8 de diciembre de 2017, para el pago completo de la pensión; no obstante, no se modificará la decisión de primer grado que ordenó los moratorios desde el 10 de noviembre de 2020, pues por el grado jurisdiccional de consulta, no puede serle más gravosa la decisión.

PRESCRIPCIÓN

Como la demandada propuso la excepción de prescripción, debe anotarse nuevamente que el actor, el 8 de agosto de 2017 reclamó a Colpensiones la pensión de vejez, la cual fue resuelta el 29 de agosto de 2017 mediante la Resolución SUB 178261, la cual se notificó personalmente el 10 de octubre de 2017, pero el actor solicitó la reliquidación, el 23 de octubre de 2017, la cual fue resuelta con Resolución SUB 267234 del 23 de noviembre de 2017, contra la cual no se interpusieron recursos, luego, entonces, el término de tres años venció el 23 de noviembre de 2020; y como el actor presentó la demanda el 29 de octubre de 2020, resulta palmario que no operó el fenómeno prescriptivo sobre los intereses por mora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS.

Así se dijo, entre otras, en la sentencia SL17165-2015:

> *Empero, el planteamiento de la censura es equivocado, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces, en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación. Desde luego, no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 6º del estatuto adjetivo laboral que regula la reclamación administrativa --consistente en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda-- en las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, mientras esté pendiente el agotamiento de dicha reclamación, el término de prescripción queda suspendido, de manera que la reanudación del término de prescripción se da desde el momento en el que se produzca efectivamente la respuesta de la Administración., o cuando el interesado, transcurrido un mes después de presentada, decide no esperar la respuesta y opta por la acción judicial, disposición que cabalmente también observó el Tribunal, como lo detalló en su sentencia en la manera como a continuación se resume:*
>
> *La demandante, el 24 de octubre de 2003, reclamó al ISS el retroactivo pensional del período comprendido entre enero y julio de 2003, momento desde el cual el término de la prescripción quedó interrumpido e igualmente suspendido. El ISS, el 27 de abril de 2005 dio respuesta a esa petición y a otra que en igual sentido presentó la demandante el 14 de febrero de 2005 -que debe considerarse inocua-. A partir del día siguiente a esa respuesta, terminó la suspensión de la prescripción y comenzó a correr un nuevo término de tres años, el que de consiguiente venció el 28 de abril de 2008. (Subrayado fuera del texto original).*

Hasta aquí el estudio del Tribunal.

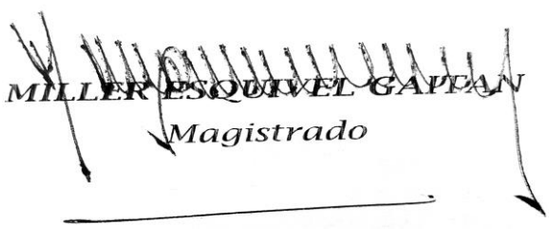
Finalmente, no se impondrá condena en costas, en razón al estudio del grado jurisdiccional en favor de la demandada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.
Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese en legal forma.



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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ FABIO VARGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 pm), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

José Fabio Vargas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare "la anulación por ineficacia" de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración o cualquier otro. Del mismo modo, en caso de haberse otorgado la pensión, se condene a Porvenir SA a seguirla pagando hasta tanto sean trasladados a Colpensiones todos los recursos. Asimismo, se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 1º de marzo de 1979 se afilió al sistema de seguridad social en pensiones; el 14 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA; la AFP accionada no le entregó la información completa, suficiente y adecuada respecto de los beneficios y las prestaciones económicas que se obtendrían en el RAIS, ni sobre los efectos negativos que se presentarían al abandonar el régimen en el cual se encontraba afiliado, tampoco le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el RPMPD como en el RAIS; solicitó ante las accionadas la anulación de su traslado al RAIS, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 4 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de afiliación del demandante al sistema de seguridad social en pensiones, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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), 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373-2021, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la actual vinculación del actor a esa AFP y la negativa a declarar la ineficacia del traslado, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 24 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 14 de mayo de 1996, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró que, para todos los efectos, el accionante nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el RPMPD. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto, con los rendimientos que hubiere causado, junto con los gastos de administración, debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir al demandante como su afiliado, y a actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, como se establece con el formulario

de afiliación suscrito por el actor. Indicó que el accionante nunca ejerció el derecho de retracto, lo que debe valorarse como una negligencia de su parte. Dijo que Porvenir SA siempre ha actuado de buena fe y que el desconocimiento de la ley no es excusa, por lo que debe tenerse como válido el traslado de régimen pensional. Aseguró que no es posible devolver los gastos de administración, ya que fueron descontados por disposición legal, además, no hacen parte integrante de la pensión y, en caso de devolverse, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Colpensiones adujo que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el demandante y Porvenir SA, por lo que no puede verse afectada ni favorecida con la declaratoria o no de ineficacia de traslado. Añadió que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia insistiendo en que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento al momento del traslado de régimen pensional del actor.

Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

Finalmente, la parte actora presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión de primer grado, dada la omisión en el deber de información por parte de la AFP accionada.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de

sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 59 años de edad, en tanto nació el 2 de enero de 1967, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 14 de mayo de 1996, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el

RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo "la AFP accionada no le entregó la información completa, suficiente y adecuada respecto de los beneficios y las prestaciones económicas que se obtendrían en el RAIS, ni sobre los efectos negativos que se presentarían al abandonar el régimen en el cual se encontraba afiliado, tampoco le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el RPMPD como en el RAIS", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política*

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 14 de mayo de 1996. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

EL accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que al inicio de su vida laboral estaba en el ISS y hacia los años 1994-1995 (no recuerda bien) les socializaron a todos los empleados de la empresa donde trabajaba "lo del traslado al fondo". Dijo que en ese entonces recibió la siguiente información: que en el fondo privado la rentabilidad era alta; que en determinado momento, si así lo quería, le devolvían su dinero; y que la pensión que recibiría sería mejor. No recuerda haber recibido información adicional.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que "en el fondo privado la rentabilidad era alta; que en determinado momento, si así lo quería, le devolvían su dinero; y que la pensión que recibiría sería mejor", no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen

pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual con solidaridad" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (…)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto

2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que la ignorancia de la ley no es excusa, o que el actor actuó de manera negligente; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que los dineros fueron descontados por disposición legal y no hacen parte integrante de la pensión; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

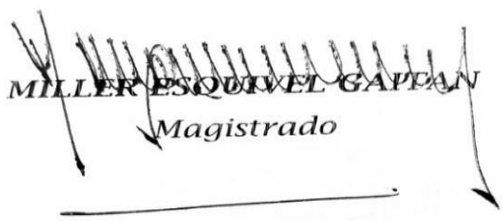
Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*
Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RENE ALEJANDRO TOLOSA CARVAJAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia del 5 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Rene Alejandro Tolosa Carvajal, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, para que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez por haber ejercitado una actividad de alto riesgo, como es la de aviador civil por más de veinte años; así mismo, la condena indexada más los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que, desde el 5 de junio de 1991 se viene desempeñando como aviador civil con la empresa aérea Tampa Cargo, aunque previamente había sido piloto de la Fuerza Aérea Colombiana durante seis (6) años; que siempre ha estado afiliado al ISS hoy Colpensiones acumulando a la fecha de presentación del libelo, un total de 1392,14 semanas; que la aviación civil es una labor de alto riesgo ya que no solo implica riesgo a la vida sino igualmente disminución de la salud, al punto que el empleador tiene prevista prestaciones extralegales para compensar la labor; que el 2 de mayo de 2019 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo con base en la sentencia C-093-2017; que la entidad se pronunció mediante Resolución SUB 135981 del 31 de mayo de 2019, negando la prestación, decisión que fue confirmada mediante Resolución SUB 183750 del 13 de julio de 2019, y DPE 8683 del 28 de agosto de 2019, al resolver los recursos en sede de vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos contestó ser ciertos los relacionados con la actuación administrativa y la afiliación a esa entidad, a los demás adujo no ser ciertos y que no le constaban. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo en la que absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra e impuso las costas al demandante. En resumen, sostuvo que el actor no era acreedor a la prestación solicitada en razón a que la labor de aviador civil no se encontraba catalogada como de alto riesgo.

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

Procede la sala a revisar en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, a efectos de establecer si es acreedor de la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo, concretamente, si por la labor ejercitada durante toda la vida laboral como aviador civil le permite acceder a la prestación con una menor edad a la del régimen general de pensiones.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ DE ALTO RIESGO (AVIADORES CIVILES)

Para resolver el asunto, recuerda la Sala que el ordenamiento jurídico consagró el derecho a la prestación de vejez como la generalidad, en el sentido que una vez completado el número de semanas requerido y la edad para ello, en las mismas condiciones que todos los trabajadores que decidieron amparar su riesgo, éstos entren a disfrutar de la prestación; empero, el legislador al encontrar que diversos trabajadores realizaban actividades que podían disminuir su expectativa de vida, consagró una excepción, en el sentido de permitirles percibir la misma prestación por vejez, pero a una edad más temprana, debido a las particulares características del oficio que realizaban y de las condiciones en que lo hacían, que por su peligrosidad y prolongada ejecución, ponía en riesgo la salud del trabajador o producían un desgaste orgánico prematuro en su organismo, siendo catalogadas por el legislador como de alto riesgo dichas actividades.

Actualmente, la norma que regula la pensión especial de vejez por este tipo de labores, es el Decreto 2090 de 2003, que en su artículo 2º, establece una lista de las actividades que permiten acceder a esta prestación. Se encuentra allí la práctica de la minería en socavones o en subterráneos, los trabajados con exposición a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles, la exposición a radiaciones ionizantes, la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, el control de tránsito aéreo, la extinción de incendios y la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria.

De igual manera, y con el fin de establecer cuándo una persona ejerce una de estas actividades de manera permanente, el artículo 3º de este Decreto fijó un monto mínimo de cotizaciones relacionadas, equivalente a 700 semanas, las cuales pueden ser continuas o discontinuas. Sin embargo, dicho decreto consagró un régimen de transición con el fin de proteger las expectativas legítimas de aquellos trabajadores que, bajo el amparo de anteriores regulaciones, estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a esta pensión especial. Así, el artículo 6º del Decreto 2090 indica que, quienes a la fecha de entrada en vigencia de dicha norma hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tienen derecho a que una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, ésta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Cabe precisar, en todo caso, que ese requisito mínimo que estableció el Decreto 2090 de 2003, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-663 de 2007, en el entendido que para acceder al régimen de transición, esas 500 semanas no sólo pueden ser especiales sino que correspondan a alguna labor calificada como de alto riesgo, pues la exigencia legal de cotización especial que sólo surgió con la Ley 100 de 1993 en cabeza del empleador para con su trabajador, era imposible de cumplir, siendo en consecuencia, un requisito desproporcionado e irrazonable que establecía una barrera de acceso que ningún trabajador de alto riesgo podía superar para acceder al régimen de transición.

En todo caso, la norma fijó en el parágrafo que, para poder acceder a esta transición especial, también era necesario tener los requisitos generales del régimen de transición general del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, 40 años de edad para el caso de los hombres o 15 años de servicios o cotizaciones.

Ahora, el Decreto 1281 de 1994, que es el régimen anterior, también previó cuáles eran las actividades de alto riesgo para efectos pensionales, señalando expresamente los trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en

socavones o en subterráneos, los trabajos que impliquen prestar el servicio a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud ocupacional, los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, y los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Como dicho decreto en su artículo 8° también previó un régimen de transición, que permitía a sus beneficiarios acceder al régimen pensional especial por vejez del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal normatividad fijó igualmente las actividades consideradas de alto riesgo, para lo cual indicó que ellas correspondían a quienes prestaran sus servicios en minería dentro de socavones o su labor fuera subterránea, actividades que impliquen exposición a altas temperaturas, trabajadores sometidos a radiaciones ionizantes y trabajadores que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

De las normas anteriores, ninguna de ellas hace referencia a las personas cuyo oficio es el de aviadores civiles, por ende, esa categoría autónoma e independiente no fue prevista por el legislador como base para garantizarles una pensión de vejez a una menor edad, diferente es que por el oficio desplegado estén aventurados en alguna medida a altas temperaturas, sustancias cancerígenas, o radiaciones ionizantes, que fue uno de los temas tratados en la sentencia C-093 de 2017, a la cual aludió el demandante como fundamento de sus pretensiones.

La Corte Constitucional, en dicha decisión se declaró inhibida de estudiar los cargos de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 del Decreto 2090 de 2003, por ineptitud sustantiva de la demanda, que alegaban una supuesta incompatibilidad de la norma al no incluirse a los aviadores civiles como sujetos de este régimen pensional especial, y para ello, en una parte de las consideraciones hizo una precisión importante, al indicar que la regulación previó unas situaciones que pueden darse o no dependiendo de la exposición a cualquiera de esos fenómenos, dado que con el paso del tiempo y los avances tecnológicos, es probable que los trabajadores no estén expuestos, y con ello,

no se vean afectados en su salud; en todo caso, no por el simple hecho de ser aviador civil se puede considerar estar sometidos a un alto riesgo, pues:

> *(…)*
>
> *En efecto, el demandante argumenta que los niveles de radiación recibidos por los aviadores impactan negativamente su salud, y que de ello dan cuenta las cancelaciones de certificados médicos de los aviadores allegados al proceso judicial. Aunque el accionante allegó información y documentación relevante que da cuenta de esta problemática, estos insumos resultan insuficientes por las siguientes razones:* ***(i) primero****, como según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares generalmente aceptados;* ***(ii) segundo****, las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo adviertieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional;* ***(iii) tercero****, en la comunidad médica y científica persisten las disputas sobre los estándares permisibles de radiación anual, y sobre los promedios de radiación a los que se encuentran sujetos los aviadores;* ***(iv) cuarto****, para demostrar que la aviación civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a la radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas;* ***(v)*** *y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestos a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vueltos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar. (subrayas propias).*

Lo anterior concuerda con lo enseñado por la jurisprudencia laboral, al indicar que, para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo no basta que en la empresa demandada se desarrollen actividades de alto riesgo, o que la empleadora misma esté calificada como tal, pues lo realmente

relevante es que el trabajador particularmente considerado haya estado realmente expuesto y eso debe quedar acreditado, lo cual no se logra, por ejemplo, con que en materia de riesgos laborales, un empleador esté catalogado dentro del ejercicio de alguna actividad peligrosa, ya que eso corresponde a la protección desplegada a los riesgos inherentes al trabajo por los accidentes laborales y las enfermedades de origen profesional, que son cubiertos a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, y no a través de regímenes pensionales especiales; o que, por tener beneficios a través de convención colectiva debido a la labor, inmediatamente se habilite un régimen pensional especial, pues ello obedece a un acuerdo colectivo luego del razonamiento y la lógica propia de la negociación.

Finalmente, es cierto que, para los aviadores civiles el Decreto 1282 de 1994 establece unas reglas diferenciales que tiene semejanzas con el régimen pensional para las actividades de alto riesgo, y que también prevé un retiro anticipado de la actividad laboral, pero tal situación no fue objeto de discusión en el proceso, con mayor razón, cuando el llamado por cuenta de ese régimen pensional de jubilación es otra entidad y no Colpensiones.

Así las cosas, como el cargo desempeñado por el demandante no está enlistado en los oficios que fueron particularmente catalogados dentro del régimen pensional de vejez por actividades de alto riesgo ni se acreditó estar comprometido a alguna de las sustancias o circunstancias definidas por las normas referenciadas, es claro que, no tiene derecho a la prestación por vejez, tal como lo definió la juzgadora de primer grado.

No se impondrán costas en el grado jurisdiccional.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional.

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURELIO CORREA DE GREIFF CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas CitiBank y Protección SA contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Aurelio Correa de Greiff por medio de apoderado judicial demandó a la AFP Protección SA, el Citibank Colombia SA y a Colpensiones, para que se declare, en primer lugar, que por cuenta del contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de julio de 1991 y el 15 de febrero de 1998 con Citibank, tiene derecho a que dicho empleador pague el cálculo actuarial por no haberlo afiliado al sistema entre el 2 de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1992, y en segundo

lugar, se ordene a Protección SA recibir el dinero correspondiente, actualizar la historia laboral y efectuar la simulación correspondiente del posible valor de la pensión, cualquier condena extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró que nació el 24 de enero de 1958 y laboró para el empleador Citibank Colombia entre el 2 de julio de 1991 y el 15 de febrero de 1998, no obstante, en septiembre de 2017, cuando solicitó una expedición de historia laboral actualizada encontró que no aparecía reportado el período comprendido entre el 2 de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1992; que a raíz de ello, solicitó en varias ocasiones a Colpensiones la corrección de la historia laboral, pero la entidad le manifestó que, luego de una revisión de las bases de datos, no encontró pagos por ese período, por ende, no era viable incluirlo en la historia laboral; que a raíz de ello, el 6 de diciembre de 2017 le solicitó a Citibank Colombia información de su contrato de trabajo y lo relacionado con el pago de aportes, de lo cual respondió el 9 de enero de 2018, adjuntándole lo correspondiente menos lo atinente a la seguridad social por no tener constancias de ello; que mediante respuesta del 23 de abril de 2018, el Citibank le indicó que procedería a solicitar a la AFP Protección a la cual se encontraba afiliado, la elaboración de un cálculo actuarial por el período faltante, de lo cual, la citada administradora se pronunció el 2 de octubre de 2018, señalando que el valor del cálculo actuarial ascendía a $111.627.086; que pese a dichos trámites a la fecha de presentación de la demanda, el exempleador no ha pagado el valor del cálculo actuarial, ni la AFP Protección ha procedido a efectuar las acciones de cobro, mucho menos Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, quien se opuso a las pretensiones, y frente a los hechos, a la mayoría sostuvo que no le constaban y sólo aceptó los relacionados con las reclamaciones de corrección de historia laboral. Propuso como excepciones de mérito las de: inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, compensación, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica.

Citibank se opuso a las pretensiones, y en cuanto a los hechos sólo aceptó los relacionados con la relación laboral, sus extremos y las reclamaciones presentadas, a los demás adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Explicó, que, dada la antigüedad de los documentos de la relación laboral, pues los periodos descritos completan casi treinta años, la entidad ha dispuesto todo lo necesario para su ubicación, en particular los relacionados con la afiliación y aportes a pensión ante el entonces Instituto de Seguros Sociales, encontrando únicamente soporte documental de la novedad de cambio de salario y pago de aportes a posteriores al periodo de octubre de 1992; que pese a ello, ha dispuesto lo necesario para su corrección solicitando a Colpensiones una validación de datos y ubicación de los soportes correspondientes a la afiliación y pago de los periodos reclamados, sin que a la fecha se haya alcanzado un resultado positivo. Precisó que, si bien es cierto que el actor devengaba un salario de $1.303.800 para el 30 de junio de 1992, lo cierto es que para dicha época en el Seguro Social existían categorías predeterminadas de cotización, siendo el nivel 51 la más alta en su momento con un ingreso base de cotización máximo de $665.070 tal y como lo disponía el Decreto 2610 de 1989. Así pues, teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante, se encontraba ubicado en la categoría máxima de la tabla de aportes del Seguro Social, lo que a la postre implicaba que el demandante no podía efectuar aportes para pensión sobre su salario devengado, sino sobre el señalado por mandato legal en la categoría 51. Propuso como excepciones de mérito las de falta de título y causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, transacción, cosa juzgada, pago, buena fe, compensación, prescripción y la genérica.

Protección SA sostuvo que no presentaba oposición por tratarse de declaraciones dirigidas contra un tercero ajeno a la entidad, pero precisó que debe ser Colpensiones la encargada del cálculo actuarial de los aportes o en su defecto, la respectiva liquidación de los mismos. En cuanto a los hechos adujo que no le constaban, y como excepciones de mérito propuso las de buena fe, hecho exclusivo de un tercero, prescripción y la innominada o genérica.

En audiencia del 20 de abril de 2021 fue vinculada como litisconsorcio necesario la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos señaló que no le constaban. En todo caso,

sostuvo que, los tiempos laborados por la parte actora al servicio de Citibank Colombia SA, de la información reportada a la fecha tanto por la AFP Protección como por Colpensiones a través del archivo laboral masivo, se podía evidenciar que "aparentemente" el empleador no había cumplido con la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS hoy Colpensiones o a un Fondo Privado de Pensiones (AFP) a efectos de realizar los respectivos aportes a pensión durante el tiempo "supuestamente" laborado por el actor a su servicio, puntualmente por el lapso comprendido desde el 2 de julio de 1991 hasta el 30 de septiembre de 1992, motivo por el cual, se debía catalogar como omiso. Agregó, que, de comprobarse la hipótesis anterior, el empleador debe proceder a reconocer el periodo no cotizado a dicho instituto mediante un cálculo actuarial de que trata el Decreto 1887 de 1994, tal y como lo dispone el literal d) del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de mérito las de: ausencia de responsabilidad del emisor en la liquidación provisional del bono pensional del demandante e inexistencia de obligación a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que el demandante laboró al servicio de la sociedad Citibank Colombia SA, entre el 2 de julio de 1991 y el el 15 de julio de 1998 y, como consecuencia, condenó a dicha sociedad al pago del título pensional o cálculo actuarial correspondiente a los tiempos laborados por el demandante entre el 2 de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1992, previó cálculo actuarial que realice Protección SA, teniendo como ingreso base de cotización el salario mensual máximo permitido para cotizaciones al seguro social a 30 de junio de 1992 de $665.070, el cual debe ser actualizado a la fecha del cálculo y pago; absolvió a Colpensiones, Protección SA, y la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina De Bonos Pensionales, de las demás pretensiones en su contra, pero condenó en costas a Citibank.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Citibank y AFP Protección SA interpusieron recurso de apelación.

La primera sostuvo que cumplió con la totalidad de las acreencias laborales, incluyendo la afiliación y aportes del vínculo contractual laboral que existió entre el demandante y ella, pero que, lastimosamente, a la fecha del fallo no se contaba con los documentos que lo acreditaban debido a la antigüedad de los aportes que se reclaman. Precisó, que, en todo caso, el demandante firmó acta de transacción el 15 de febrero de 1998 con la entidad, en la cual declaró a paz y salvo de todas las acreencias laborales y demás derechos de este carácter que fueran imputables al empleador, incluyendo los aportes a seguridad social y demás; que por cuenta de dicho acuerdo el demandante recibió la suma de $41.181.056 . Sostuvo que, en caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, se tenga en cuenta como base de la liquidación el tope máximo que para la fecha se debía cotizar, esto es $665.070, a pesar de que el salario del demandante era diferente, pues, las administradoras tenían como normativa realizar o admitir cotizaciones máximas por ese tope.

La AFP Protección SA indicó que ella no es la llamada a realizar el cálculo actuarial sino Colpensiones, en razón a que el período omitido corresponde a una fecha en la cual el trabajador estaba afiliado a ese organismo.

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

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las demandadas al momento de la sustentación de sus recursos.

APORTES PENSIONALES, FALTA DE AFILIACIÓN Y CÁLCULO ACTUARIAL

Aduce el accionante que, pese a que prestó sus servicios a través de un contrato de trabajo con el empleador Citibank Colombia SA, entre el 2 de julio de 1991 y el

15 de febrero de 1998, tal como lo aceptó dicha demandada, en la historia laboral actualizada no aparecen las cotizaciones comprendidas entre el 2 de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1992, por ende, solicita que se condene al exempleador a pagar el cálculo actuarial de ese período faltante por no haber sido afiliado, previa elaboración de ese instrumento a cualquiera de las administradoras de pensiones convocadas al proceso, esto es, Colpensiones o la AFP Protección SA, ésta última a la cual se encuentra afiliado.

Para el juzgador de primer grado, como no existe discusión en torno a la relación laboral que unió al demandante con la sociedad Citibank Colombia SA y sus extremos, y como se demostró que hubo falta de afiliación del empleador en el periodo alegado por el promotor del litigio, era evidente que la sociedad debía asumir las consecuencias de esa omisión, como era el pago del cálculo actuarial por ese lapso, sin que la transacción llevada a cabo por las partes con el fin de dar por terminada la relación laboral a cambio de una suma única de dinero haya quedado comprendido el tema de los aportes pensionales, en razón a que se trata de derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables que conformarán la pensión de vejez. Explicó, que tal trámite corre a cargo de la AFP Protección SA, por ser la entidad a la cual se encuentra afiliado actualmente el trabajador, por ende, para dicho cálculo se debía tener en cuenta el salario base de cotización permitido para la época.

La pasiva Citibank insiste en la apelación que cumplió con su obligación de afiliar y cotizar al entonces ISS por todo el interregno laborado del trabajador, pese a no poder acreditarlo, dado que, por la antigüedad de la relación, ya no cuenta con esa información, y que, en todo caso, con el trabajador celebró una transacción en la que quedó comprendido el tema de cualquier deuda pensional. Así mismo, la AFP Protección SA insiste en que no es ella la encargada de llevar a cabo el cálculo actuarial sino Colpensiones, pues para el período omitido por el empleador era esa entidad la encargada de recibir los aportes.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la responsabilidad de las entidades de seguridad social en el pago de las pensiones, ante supuestos de omisión en la afiliación, tiene como correlato necesario el deber del empleador

de trasladar con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional, para resguardar la estabilidad financiera del sistema y materializar la responsabilidad que conserva el empleador, por incumplir su obligación de inscripción oportuna.

Ciertamente, tal como lo explicó ampliamente el juzgador de primer grado, el deber de afiliación y cotización, incluso, de cobranzas que estaba a cargo del entonces ISS, se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero como es en forma posterior y normalmente cuando el trabajador cumple con los requisitos para acceder a la prestación pensional por vejez, que muchas veces se entera de la omisión de su empleador, resulta viable para remediar esa situación, la configuración de un instrumento que permita tener en cuenta esos períodos y su respectiva financiación.

Así, en la sentencia CSJ SL16086-2015 explicó detalladamente el tema, de la cual se extraen los siguientes apartes importantes de la decisión, como sigue:

> *Puestas así las cosas la controversia que compete a la Corte resolver es si el Tribunal atinó al no contar el tiempo de servicios que el trabajador prestó al empleador particular, omiso en su afiliación el ente de seguridad social durante la vigencia de su relación laboral –del 01 de enero de 1968 al 2 de agosto de 1979--, con el argumento de que éste no le ha trasladado el cálculo actuarial a su satisfacción mediante un título o bono pensional; o si, por el contrario, acertó el juzgador al no computar ese tiempo de servicios, traducido en semanas de cotización, por no aparecer dicho traslado en los términos anunciados.*
>
> *Para ello debe empezar la Corte por recordar que la afiliación de los trabajadores particulares al ente de seguridad social recurrente constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que no fue a partir de ésta que se estableció tal obligación patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia de dicho ente de seguridad social, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico como lo vinieron a ser las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes.*
>
> *Tal propósito se desarrolló a través de los diversos Acuerdos expedidos por el ente de seguridad social de manera gradual y expansiva a todo el territorio nacional, y de forma obligatoria desde el 1º de enero de 1967, premisa que se volvió universal a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 por expedirse una nueva normativa que cobijó a toda clase de trabajadores.*

El desarrollo de las políticas de aseguramiento social aparejó diversas situaciones. Sobre ellas la jurisprudencia ha trazado una línea de principio que recién se ha consolidado por la Corte en el sentido de indicar que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza a su nombre a la seguridad social, y como consecuencia se trunca el derecho pensional, de forma que en suma, cuando la afiliación no se produce, con independencia de su razón, será responsable de la prestación que hubiera podido otorgarle el sistema al trabajador; y cuando no paga o incurre en mora en la cotización será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes. De manera análoga, se ha de concluir, cuando no habiendo afiliado al trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o habiendo omitiendo cotizaciones antes de esa data éste, el trabajador no alcanza a contabilizar la densidad exigida para acceder a la pensión con las posteriores que sufrague, caso en el cual deberá trasladar al Fondo de Pensiones escogido por el Trabajador el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional.

(…)

Para ilustrar la anterior consideración vale recordar lo asentado por la Corte sobre esta amplísima temática en sentencia CSJ SL, del 27 de en. de 2009, rad. 32719 (…)

Más adelante, en sentencia CSJ SL, del 20 de mar. de 2013, rad. 42398, se expuso por la Corte en relación con la carga económica que deben asumir los empleadores que no afiliaron o no cotizaron a cuenta y nombre de sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 (…)

En sentencia SL7647-2015, del 1º de jul. de 2015 rad.59027, precisó la Sala en relación con trabajadores que nunca fueron afiliados a la seguridad social sin culpa imputable a su empleador, es decir, por cuanto en las sedes de trabajo no hubo cobertura del ente de seguridad social (…)

En reciente fallo SL6035-2015, del 4 de mar. de 2015 rad.49134, compendió así la Corte su pensamiento respecto de la obligación del empleador de pagar la contribución al Radicado n˚ 54226 25 sistema de seguridad social para que los trabajadores accedan a las prestaciones previstas en éste; de la inoponibilidad de su incumplimiento frente a la reclamación que de éstas hagan sus beneficiarios; del deber del sistema de perseguir la efectividad de dichos pagos, e igualmente, de la diferencia entre la relación jurídica de afiliación al sistema y la de cotización al mismo (…)

Y sobre la necesidad de que el Fondo de Pensiones correspondiente tenga en cuenta el tiempo de servicios no sujeto a afiliación y, por ende, no cubierto mediante cotizaciones, y de su carga del adelantamiento del cobro del cálculo actuarial pertinente mediante bono o título pensional, en sentencia SL2731-2015, de 11 de mar. de 2015, rad. 37022, precisó (…)

Precisado lo anterior y ante el hecho incontrovertible de que la sociedad Citibank Colombia SA incumplió con la afiliación del actor al sistema de pensiones entre el 2 de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1992, dado que, la demandada no acreditó haber efectuada esa gestión -por más que se haya esforzado en alegar

su cumplimiento, no se debe olvidar lo previsto en el art. 167 del CGP, sobre la carga de la prueba de demostrar ese supuesto-, independientemente de las razones expuestas para ello, no se puede concluir otra cosa que el respectivo incumplimiento de un deber legal en aseguramiento del trabajador por el período alegado, lo cual implica que deba trasladar un cálculo actuarial, con destino a la AFP Protección SA, por el valor de las cotizaciones dejadas de pagar.

Dicho cálculo actuarial deberá tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, pero en cuanto a los salarios, tal como lo concluyó el sentenciador de primer grado, aquí no se deben tener en cuenta los certificados por el empleador, puesto que, para esa época los empleadores debían someterse a un salario máximo asegurable, dado que el ISS no admitía mayores aportes ni otorgar prestaciones por montos superiores.

Sobre tal punto, en sentencia CSJ SL 16 mar. 2005, rad 25608, indicó:

> *La acusación es fundada y conviene agregar que refrendan las consideraciones precedentes, la existencia de normas como las contenidas en el Reglamento General de los Seguros de IVM (Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224), al preceptuar que "…El Consejo Directivo del Instituto .. establecerá igualmente los salarios asegurables en categorías y señalará el salario de base correspondiente a cada una, sobre el cual se efectuarán los pagos de cotizaciones y se determinará el monto de las prestaciones en dinero…" "…Los asegurados que perciban salario igual o mayor a la cantidad señalada como límite máximo del salario asegurable, pagarán cotizaciones sobre el valor de éste…" (artículo 37, incisos 1 y 3).*
>
> *También apoya la definición del caso el artículo 32 del Decreto 433 de 1971, en tanto prescribe que las contribuciones señaladas por el ISS a los empleadores y a los trabajadores se sujetarían a la aprobación "del Gobierno Nacional sobre el total de la remuneración asegurable. Sin embargo el Instituto queda facultado, únicamente en lo que se refiere a las cotizaciones destinadas a financiar en dinero las contingencias... a señalar un límite máximo para la remuneración asegurable, y podrá disponer que el excedente de la remuneración por sobre dicho límite no se considere para los efectos de las cotizaciones ni de las mencionadas prestaciones en dinero en las citadas contingencias ... El Instituto está facultado igualmente para agrupar a los asegurados en categorías según la remuneración y para asignar a cada categoría una remuneración o salario de base que servirá tanto para el cálculo de las cotizaciones como para el pago de las prestaciones en dinero…"*
>
> *Acorde con esa normatividad se encuentra el artículo 24 del Decreto 1650 de 1977 que consagra el establecimiento, en los reglamentos del ISS, de los límites del salario asegurable, y en tal sentido, por ejemplo, el artículo 60 de aquel Decreto 433, previó el salario máximo asegurable en suma no inferior a 22 veces el salario mínimo legal, mientras que el artículo 1° del Acuerdo 01 de 1979,*

> *aprobado por el Decreto 3090 del mismo año, señaló para esos efectos la cantidad diaria de $2.530, la que se aumentó mediante Acuerdo 003 de 1982 y 048 de 1989, aprobados por los Decretos 2630 de 1983, 2610 de 1989; estos preceptos además regularon unas categorías y la máxima (en la última norma reseñada) fue la 51, con un salario mensual máximo asegurable de $665.070 (artículo 2°), mientras que en el artículo 4° señalaba el salario mensual de base máximo asegurable en 21 veces el salario mínimo legal de cada año.*

En ese sentido, acertó el a quo al haber señalado que para 1992, que corresponde al período omitido por el empleador, dicho cálculo actuarial, incluso su incidencia frente al bono pensional que posteriormente deberá calcularse debe hacerse con fundamento en el monto máximo asegurable avalado por el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 de la misma anualidad, y que elaboró el Consejo Nacional de Seguros del ISS, mas no por el salario realmente devengado por el trabajador, a pesar de que este sea superior al tope contenido en las normas previamente referidas. Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 37 y 32 de los Decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971, respectivamente, así como en el 117 de la Ley 100 de 1993.

Con igual precisión, debe decirse que también acertó el a quo frente a la falta de aplicación del literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, en donde se consagró que el salario que debía tomarse era el devengado por el trabajador, pues la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió inaplicar dicho precepto, al considerar que introdujo una evidente modificación respecto al salario base para la obtención de los bonos pensionales, que estaba en contradicción con la normatividad existente que regulaba este tópico. Así, la Corte ha señalado que el referido precepto convirtió en ilegal lo que antes estaba ajustado a derecho, razón por la cual optó por darle prevalencia a lo estatuido en la Ley 100 de 1993 y demás decretos reglamentarios, sin que en manera alguna pueda pensarse que ello conlleva a darle efectos retroactivos a la sentencia de inexequibilidad CC-734 de 2005 (CSJ SL1977-2019, SL15601-2016, SL8586-2017, SL1042-2019 y SL378-2022).

Con respecto al acuerdo de transacción del 15 de febrero de 1998, que la demandada Citibank opone para la falta de afiliación, es cierto que entre las partes suscribieron dicho contrato, en donde pactaron dar por terminado por

mutuo acuerdo el contrato de trabajo a cambio de una suma fija y la condonación de un crédito. Se dijo allí lo siguiente:

> "*(…) Que adicionalmente al valor de los salarios, prestaciones sociales causados y debidos hasta el día 15 de febrero de 1998 Citibank-Colombia reconocerá al señor (…) la cantidad de $41.181.056,oo correspondientes a auxilio voluntario a título de mera liberalidad y que no constituyen factor de salarios ni de prestaciones sociales. Igualmente se condonará el saldo total adeudado a la fecha por concepto de Préstamo Personal el cual asciende a la suma de $7.500.000.*
>
> *Como consecuencia de la terminación del contrato por mutuo acuerdo entre las partes, el señor (…) renuncia expresamente a cualquier reclamo o acción que tenga o crea tener contra CITIBANK COLOMBIA, la declara a paz y salvo por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones surgidas con motivo del contrato de trabajo que los vincula y en especial por lo referente a la terminación del contrato y acepta que el mayor valor a la liquidación de sus acreencias laborales sea imputable y compensable de cualquier suma de dinero que por otro concepto, tuviere que pagarle CITIBANK-COLOMBIA (…)*"

Del contenido del acuerdo, tal como lo dedujo el a quo, no es viable concluir que quedó comprendida cualquier deuda en materia de pago de aportes no realizados, pues las partes hicieron énfasis en la terminación del contrato, los salarios y las prestaciones sociales, pero jamás un aspecto tan importante en la consolidación de un derecho pensional, por ende, cualquier expresión genérica no es viable aceptarla como motivo de transacción; pero, adicionalmente, las cotizaciones o lo que da lugar a un derecho pensional, es un asunto irrenunciable y, por ende, no sujeto de disposición por las partes, tal como lo enseñó la Corte en providencia CSJ AL5690-2021:

> *Para esta corporación es claro que a través del presente contrato de transacción se pretende cumplir con obligaciones que tenía la pasiva como empleador, durante el tiempo que duró la relación laboral, ya que las mismas no fueron cubiertas en su momento.*
>
> *Aclara la Sala, que la obligación de realizar cotizaciones para cubrir riesgos de invalidez, vejez y muerte deben estar siempre en favor del trabajador, pues su finalidad no es otra que la garantizar el cumplimiento de aquellas ante una eventual contingencia, al ser beneficiario de dichas prestaciones las cuales están contempladas en la esfera de la seguridad social.*
>
> *En torno a los derechos ciertos e indiscutibles y su determinación a partir de la verificación de la acusación y exigibilidad, en providencia CSJ AL, 17 feb. 2009, rad. 32051, reiterada en decisión CSJ AL607-2017, la Sala explicó:*
>
> *Al respecto, en sentencia de 17 de febrero de 2009 (Radicación 32051), la Corte recordó que,*

> *(…) esta Sala de la Corte ha explicado que (…) "el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales" (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332).*

Ahora, si bien la Corte ha señalado que la financiación o los aportes que permiten estructurar una eventual pensión son prerrogativas irrenunciables sobre las cuales las partes no pueden disponer, así sea a través de contratos o mecanismos donde concurra la voluntad de las partes (CSJ SL 1982-2019), existen casos en los que ello puede ser posible, bajo los parámetros antes explicados.

De otro lado, se tiene que, el acuerdo a que llegaron las partes en consideración de la Sala, no corresponde o es consecuente a los derechos reclamados, puesto que lo aquí aceptable sería que lo concertado tuviera inmerso el pago de los aportes en discusión, pero ante la entidad administradora de pensiones que disponga el demandante para ello, esto con el fin de no sesgar la importancia que estos rótulos ostentan para la consecuencial configuración de los efectos jurídicos que buscan proteger las contingencias de la seguridad social.

Adviértase que desde el principio el norte del demandante siempre estuvo encaminado a obtener la pensión sanción al haber incumplido aquellos con las obligaciones legales propias de los empleadores, y sobre este aspecto la jurisprudencia de esta Corporación ha mantenido que la solución efectiva no es ordenar su pago en dinero en favor del trabajador, sino ordenar que las entidades administradoras de pensiones a que pertenezca o elija el cotizante, los tenga cuenta como tiempos efectivamente servidos y cotizados, previo el trámite del título pensional o cálculo actuarial que corresponda en los términos de ley (CSJ SL2731-2015), (…)

Finalmente, adviértase que si bien la transacción en comento impide saber cuál de las tesis en disputa saldría avante, y que la reciprocidad exigida para su aprobación implica que cada uno de los sujetos procesales pierda en medida alguna el derecho defendido, lo cierto es que en el presente caso se está frente a derechos ciertos e indiscutibles los cuales no se pueden dejarse de lado ya que hace parte derecho a la seguridad social que ha sido catalogado constitucionalmente como irrenunciable, en consecuencia, el objeto sobre el cual nace la transacción no es de libre disposición de las partes, por ende no se aceptará la misma y consecuencialmente no se accederá a la terminación del

> *proceso y, en consecuencia, se continuará con el trámite procesal correspondiente.*

Finalmente, tampoco es acertado el argumento de la AFP Protección SA de excusarse de aceptar la orden de elaboración del cálculo actuarial, para trasladárselo a Colpensiones, porque, como bien lo indicó el sentenciador de primer grado, al tener certidumbre total de la administradora de pensiones a la cual se encuentra actualmente afiliado el trabajador, más los servicios prestados a un particular empleador con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, al punto de contar con los datos necesarios para la liquidación del cálculo actuarial correspondiente, es a dicho organismo a quien compete promover las acciones necesarias para hacer efectivo el pago de ese instrumento, que será el soporte de la eventual prestación pensional si el empleador incumplido no procede a su satisfacción. De manera que, al trabajador no le pueden ser oponibles trámites administrativos que bien pueden ejercer las administradoras, con mayor razón la última que tiene a su cargo la consolidación de la historia laboral, y en ese sentido como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta especialidad, en manera alguna puede quedar sujeto a que conforme a su libre albedrio el empleador acuda o no a dar solución al débito prestacional fuente de financiación de su derecho pensional.

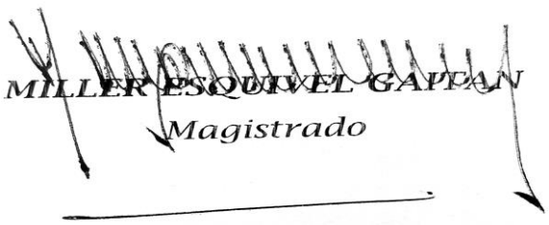
Las costas de segunda instancia a cargo de las recurrentes, por haberles resultado adversa la actuación.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

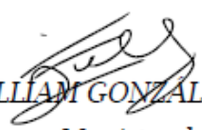
Primero.- Confirmar la sentencia apelada.
Segundo.- Se imponen costas en esta instancia a las recurrentes. Como agencias en derecho se impone a cada una la suma de ochocientos mil pesos ($800.000,oo).

Notifíquese y Cúmplase.



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado