



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105037202000004-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de vejez – retroactivo pensional.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, frente a la sentencia proferida el 11 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso laboral que instauró **JOSÉ RAÚL PINEDA GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

José Raúl Pineda García pretende que se condene a la demandada Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, tomando como base los últimos 10 años de cotización; al pago de las mesadas desde el 11 de septiembre de 2018, fecha en la que se realizó la solicitud del reconocimiento pensional; al pago de los intereses de mora de las mesadas pendientes de cancelar; a la indexación o corrección monetaria de las condenas aquí impuestas; al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, sucintamente indicó que, nació el 8 de septiembre de 1956, contando con 63 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que el 11 de septiembre de 2018 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin embargo, que mediante la Resolución SUB 322927 del 12 de diciembre de 2018 se negó la prestación, al no cumplir con las 1.300 semanas de cotización requeridas, decisión que fue confirmada al interponer los recursos de ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, dio contesto contestación dentro del término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los

hechos, en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con el tiempo cotizado a Colpensiones, las semanas trasladadas por Protección S.A., las inconsistencias frente al número de semanas cotizadas en las diferentes resoluciones expedidas, la afirmación de que la administradora no mantiene la historia laboral actualizada. Propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, y como perentorias las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 11 de enero de 2022, dispuso declarar que hay lugar a modificar la fecha de disfrute de la pensión de vejez reconocida al demandante, a partir del 11 de septiembre de 2018; condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$24.520.673 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 11 de septiembre de 2018 hasta el 31 de diciembre del año 2020, calculado sobre 13 mesadas pensionales, el cual deberá ser reconocido de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación, autorizando los descuentos respectivos al sistema de seguridad social en salud; declarar no probadas las excepciones propuestas; absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenándola en costas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Sin recursos frente a la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora remitió escrito, solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

Por su parte, Colpensiones remitió alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia, y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

En razón a que durante el trámite la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones remitió la Resolución SUB 271031 del 15 de diciembre de 2020, mediante la cual dispuso reconocer a favor del señor José Raúl Pineda García pensión de vejez desde el 1 de enero de 2021 en cuantía inicial de \$877.803, el cual sería reajustado al momento del pago según la variación del índice de precios del consumidor certificado por el DANE para el

año 2020, y que, de acuerdo a que la mesada corresponda al salario mínimo, la misma para el 2021 será la establecida de acuerdo al decreto expedido por el Gobierno Nacional, el problema jurídico se circunscribe a establecer si hay lugar a (i) la modificación de la fecha de disfrute de la pensión de vejez que le fue reconocida al demandante José Raúl Pineda a partir del 11 de septiembre de 2018, y en caso afirmativo si (ii) resulta procedente el reconocimiento del retroactivo pensional junto con los correspondientes moratorios e indexación.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Tal como lo advirtió el juez primigenio, y pese a que la demanda inicialmente buscaba el reconocimiento de la pensión de vejez, actualmente no es materia de controversia por ninguna de las partes que al actor le fue reconocida la prestación petitionada con Resolución SUB 271031 del 15 de diciembre de 2020 en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL Y LA PRESCRIPCIÓN DE ALGUNAS MESADAS PENSIONALES.

Pues bien, como quiera que la parte actora reprocha la fecha de reconocimiento inicial de la pensión sosteniendo que debió serle reconocida desde el 11 de septiembre de 2018, conviene hacer las siguientes precisiones.

En cuanto a la fecha a partir de la cual debió reconocerse la prerrogativa pensional, basta una simple revisión del resumen de semanas cotizadas en las historiales laborales que obran a folios 9 a 17 y 19 a 27 del expediente, las cuales no fueron tachadas de falso, por lo que deberá dárseles pleno valor probatorio, evidenciando que le asiste razón al actor en cuanto al derecho que le asistía, pues al momento de elevar la petición de reconocimiento de la prestación, ya contaba con los requisitos de edad y tiempo, constatando que en dichas documentales el demandante registraba 1.364.85 y 1.415.57 semanas cotizadas respectivamente, sin embargo, reposa historia laboral del 27 de diciembre de 2018, data posterior a la de la presentación de la solicitud, donde se desconocen periodos cotizados, y se registran tan solo 1.130,71 semanas.

Asimismo, no se desconoce que el demandante efectuó cotizaciones posteriores a la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional, sin embargo, no se puede pasar por alto la incuestionable y palmaria intención de este por comenzar a disfrutar la pensión que ya tenía causada, y frente a la cual la demandada Colpensiones ya había generado expectativas, desconociendo posteriormente periodos cotizadas solo hasta el momento en que el actor elevó solicitud, siendo negada la prestación de vejez mediante la Resolución SUB 322927 del 12 de diciembre de 2018, Resolución SUB 250275 del 12 de septiembre de 2019, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición y Resolución SUB 317557 del 20 de noviembre de 2019, mediante la cual se declaró improcedente el recurso de reposición y en subsidio de apelación, y se negó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión.

Así, considera la sala que las cotizaciones posteriores no comportan un desconocimiento de su derecho, máxime cuando es claro que no puede quedar desamparado en salud y en riesgos de IVM mientras se le incluye en nómina y comienza a recibir su mesada pensional, debiendo analizarse en cada caso las circunstancias que rodean la no desafiliación del sistema de los que reclaman el derecho para no aplicar dicho presupuesto sin consideración al contexto en el que se presenta, lo cual ha sido validado incluso jurisprudencialmente, ya que la desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte bien puede disponerla Colpensiones por petición del interesado, petición del 11 de noviembre de 2018, que para el caso del actor, representaba para la entidad administradora abstenerse de considerar que esta quería continuar cotizando luego de su solicitud pensional.

Al respecto conveniente resulta rememorar la sentencia SL5603-2016, Radicación n. 47236 del 6 de abril de 2016, M.P Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que expresó:

“No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, Radicación n.º 47236 11 en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia”.

Por lo expresado es dable concluir que, tal y como lo indicó el juez de primera instancia, deberá reconocerse el disfrute de la pensión de vejez a partir del 11 de septiembre de 2018, debiendo reconocerse el retroactivo pensional correspondiente de manera indexada.

No hay lugar a la declaratoria de la prescripción, comoquiera que esta demanda se formuló dentro del término trienal con el que contaba el

demandante desde la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional (11 de septiembre de 2018), pues se presentó el 18 de diciembre de 2019.

Teniendo en cuenta que la demandada Colpensiones no fue condenada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que dicha disposición no fue apelada, la sala se releva de su estudio.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por José Raúl Pineda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

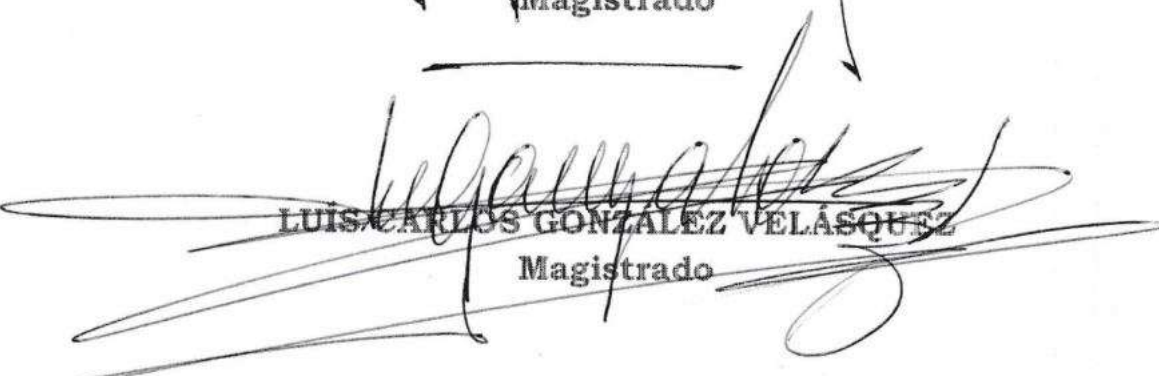
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105034201900022-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EDUARDO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la Dra. Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta a la Dra. Northey Alejandra Huérfano Huérfano, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 09 a 112.

ANTECEDENTES

EDUARDO GÓNZALEZ GUTIÉRREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, efectuado el 10 de noviembre de 2003, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; y, en consecuencia, retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES, incluirlo entre sus afiliados, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 12 de junio de 1957; que, se trasladó del ISS al RAIS, mediante afiliación a la Administradora Privada de Pensiones y Cesantías SANTANDER, el 10 de noviembre de 2003, y posteriormente, el 15 de febrero de 2017, se cambió a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., sin que, ni al momento de su traslado inicial, ni cuando cambió de Administradora, se le brindara información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas que se le otorgaban en uno y otro régimen pensional, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró acerca de los beneficios que podría obtener en el RAIS.

Refiere que, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., le realizó una simulación del valor de su mesada pensional, advirtiéndole que ésta sería ostensiblemente superior en el RPM, por lo que, reclamó ante COLPENSIONES, la nulidad de traslado al RAIS, sin que, a la fecha de presentación de la demanda, hay obtenido respuesta alguna al respecto (fls. 84-91 PDF)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fls. 99-109 PDF).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls. 145-158 PDF);

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica y traslado de aportes (fls.267-281 y 322-336 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de enero de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad o ineficacia del traslado del demandante al RAIS; condenó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES, como administradora del RPM, a recibir todos los valores que reintegre OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas; declaró no probadas las

excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a PROTECCION S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, respecto a la falta de información por parte de las AFP, al demandante, al momento de su traslado, dicho requisito fue creado con la Ley 1478 de 2014, por lo tanto, para el año 2003, cuando el demandante se afilió a la AFP SANTADER, no era exigible a las Administradoras, brindar información detallada, sólo se requería el consentimiento de la persona, plasmado en el formulario de afiliación; de ahí que, en el presente asunto, no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores; que, al demandante, no se le está negando el derecho a acceder a una pensión de vejez, siendo su inconformidad únicamente el monto de la mesada pensional, lo que no constituye una razón válida para declarar la ineficacia del traslado, además de generar un impacto en la estabilidad financiera de COLPENSIONES, pues, faltándole menos de 10 años para acceder al derecho pensional, afectará el fondo común del RPM, al cual no contribuyó.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada COLPENSIONES solicito que se revoque la sentencia de primera instancia dado que en el expediente no obra prueba que demuestre vicios de consentimiento (error, fuerza o dolo), entendido como deber de información. Entre tanto, SKANDIA solicito se mantenga sentencia de primera instancia. Por otro lado, la parte actora insistió en confirmar primera instancia, toda vez que, en la etapa precontractual se violó el deber de información, finiquitando con que hubo un consentimiento, pero no informado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP SANTANDER hoy PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP SANTANDER; y, iii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones y/o Cesantías SANTANDER, suscrito el 10 de noviembre de 2003 (fl. 6 y 291 PDF); solicitud de vinculación o traslado a OLD MUTUAL, diligenciado el 15 de febrero de 2017 (fl. 7 y 159 PDF); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES (fl. 9 PDF); historia laboral consolidada del demandante en OLD MUTUAL (fls.11-16, 162-170 y 174-177 PDF); simulación pensional elaborada por OLD MUTUAL (fls. 72-74 y 171-173 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 110-114 PDF); certificado de traslado expedido por COLPENSIONES (fl.115 PDF); respuesta COLPENSIONES a la

reclamación administrativa (fl. 116 PDF); solicitud de vinculación a Old Mutual Fondo de Pensiones Voluntarias, de fecha 23 de diciembre de 2016 (fls. 160-161 PDF); estado de cuenta Old Mutual (fls. 194-202 PDF); historia laboral válida para bono pensional (fls. 203-205 PDF); relación de capacitaciones recibidas por el asesor que tramitó la afiliación del actor a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (fls. 207- 252 PDF); consulta SIAF (fls. 292-293 PDF); reporte estado de cuenta Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCION S.A. (fls. 294-302 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (archivo 01.03 expediente digital).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, el demandante, quien señaló que, es médico dermatólogo; que, inició su vida laboral, cuando estaba en sexto semestre en la Universidad, haciendo turnos en la Clínica de Toxicología, que ya no existen, más o menos para el año 1977; que, fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social, por primera vez, hacia el año 1980, cuando comenzó su año rural, en Boyacá y estaba afiliado a CAJANAL; que, al ISS, fue afiliado cuando se encontraba terminado su residencia en dermatología, a finales de 1983; que, se trasladó al RAIS, en noviembre de 2003, trabajaba en su consultorio, y recibió la visita de una asesora de la AFP SANTANDER, quien le dijo que le iba a ofrecer un negocio muy bueno, que el Seguro Social se iba a acabar, y todos los afiliados podrían perder sus aportes; que, para esa época, él pertenecía a una sociedad de argentina, viajaba mucho y recordó que dos profesores suyos les había pasado eso en Argentina, que el sistema pensional había fracasado y perdieron sus pensiones, entonces con ese antecedente, más la información que ella le dio, que el ISS, se iba a liquidar, que perderían sus aportes y que las Administradoras privadas eran lo mejor, se podía pensionar cuando quisiera con la mesada pensional que más le favoreciera, que, el ahorro le generaría unos rendimientos, decidió trasladarse; que, la asesora no le revisó su historia pensional, ni realizó un comparativo entre uno y otro, sólo le habló de las bondades de la Administradora, simplemente le dijo que iba a ahorrar una plata, con la que recibiría rendimientos muy grandes y al finalizar su vida laboral recibiría una mejor mesada pensional; no recibió un modelo pensional documentado, ni el reglamento de la AFP; que, inicialmente recibió extractos, pero después de un tiempo le dejaron de llegar, verificaba que le estuvieran aportando, pero nunca pidió información respecto a lo que contenía el extracto; que, se cambió a OLD MUTUAL,

porque la información que le daban en PROTECCION, era muy vaga, y un día llegó a su consultorio un asesor de un amigo, que le brindó un poquito de más información y le ofreció una tasa de rendimientos mejor, por eso decidió cambiarse; que, recibe extractos de OLD MUTUAL, los que revisa, pero no los entiende muy bien; que, ahora pretende retornar a COLPENSIONES, porque nada de lo ofrecido por las AFP resultó ser cierto, sintiéndose asaltado en su buena fe, además, el monto de la pensión ofrecida es muy precario; que, se enteró de esa situación por comentarios de sus compañeros y luego, visitó una oficina de la AFP, donde le dijeron que por cuestiones de la edad, ya no podía regresar a COLPENSIONES, lo cual nunca le advirtieron.

También, rindió interrogatorio de parte, la representante legal de PROTECCION S.A., quien informó que, dentro del archivo del demandante, obrante en esa Administradora, reposa el formulario de afiliación del demandante, como prueba de la información brindada para su traslado de régimen pensional; sin embargo, respecto a la asesoría que se prestó de manera verbal, no existe soporte alguno para corroborar lo dicho.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a el demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy PROTECCION S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor EDUARDO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó

de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

PROTECCION S.A., el 10 de noviembre de 2003, con fecha de efectividad, 11 de noviembre de 2003, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*.

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

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **EDUARDO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

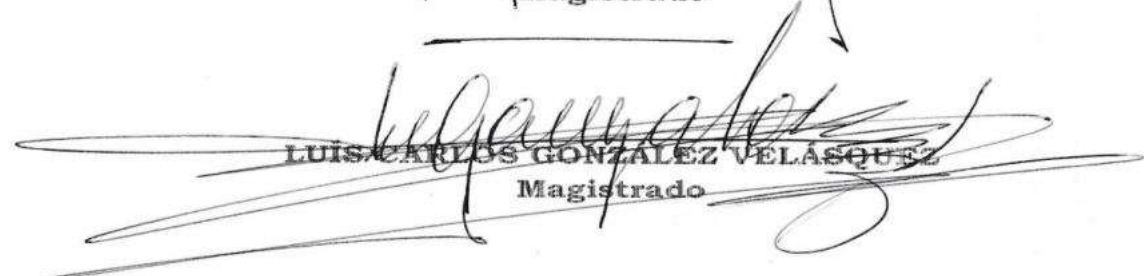
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105033201900058-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Vejez artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 03 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUIS ALFONSO RODRÍGUEZ PARGA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LUIS ALFONSO RODRÍGUEZ PARGA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, desde el 1 de junio de 2012, junto con los intereses moratorios, la indexación de la primera mesada pensional, lo ultra y extra petita, las costas y gastos procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 19 de abril de 1943 y es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, según reporte emitido por COLPENSIONES, tiene un total de 1.007,57 semanas; y que, agotó la reclamación administrativa el 17 de agosto de 2018, solicitando la pensión de vejez (fls. 3-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 20 a 27, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, aceptando la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el número de semanas cotizadas, advirtiendo que, en múltiples actos administrativos, se reconoció que el demandante, es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, no cuenta con las semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez, en los términos del Decreto 758 de 1990. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 03 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el demandante, tiene derecho a la pensión de vejez, a partir del 01 de marzo de 2013, con una mesada adicional, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado desde el 27 de junio de 2015 a la fecha de la sentencia, junto con los intereses moratorios desde el 27 de octubre de 2018 y hasta cuando se haga efectiva la inclusión del señor LUIS ALFONSO RODRÍGUEZ PARGA en nómina de pensionados y el retroactivo pensional objeto de condena; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de junio de 2015; autorizó a COLPENSIONES, a descontar del retroactivo pensional el valor de \$7.249.963 reconocidos por concepto de indemnización sustitutiva; condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad el fallo proferido en Primera Instancia, pues, no es claro el cumulo de semanas que se tomó en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, debido a las incongruencias en las resoluciones que negaron el derecho pensional y datan del año 2014, y que, confrontadas con las historias laborales allegadas al proceso del año 2018 y el certificado de conciliación allegado para la audiencia del artículo 77 del CPTSS, se advierte no hay certeza respecto a que el actor, efectivamente haya cotizado 1.007 semanas; que, solicitó un término prudencial para verificar la historia laboral del demandante, no obstante, el a quo, no lo autorizó, por lo que solicita presentar la prueba debidamente consolidada en Segunda Instancia, esto debido a que es necesario verificar los aportes realizados a través del Consorcio Prosperar; que, debe tenerse en

cuenta la sostenibilidad del Sistema, dado que se está condenando a COLPENSIONES, a reconocer una pensión de la cual no se tiene certeza por parte del Juez de Instancia, respecto a si se cumplía o no con el número de semanas exigidas en la norma, solamente se está acreditando con dos historias laborales, una de ellas aportada con la contestación de la demanda, pero que se ha manifestado no es congruente con la realidad, lo que llevaría a causar un detrimento patrimonial a COLPENSIONES, obligándola a pagar una pensión, sin los requisitos legales y menos aún sin que se realizaran los aportes correspondientes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, COLPENSIONES, solicitó que se revoque el fallo proferido por el Juez 33 Laboral del Circuito, toda vez que, el demandante, no acredita las 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, del 19 de abril de 1983 al 19 de abril de 2003, tan solo cuenta con 245,905 semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones, sin embargo, es menester precisar que en virtud de la extensión del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, el demandante, no logró acreditar las 1.000 semanas de cotización antes de la finalización del régimen de transición. Además, que en Resolución GNR 438117 del 23 de diciembre de 2014, se resolvió una petición del actor, elevada el 28 de agosto de 2014, a través de la cual se concedió indemnización sustitutiva por un valor único de \$7.249.963, que sería ingresado en nómina del período de enero de 2015 y pagadero en febrero del mismo año, prestación incompatible con la pensión de vejez, por lo tanto, las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

El demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a su favor, a partir del 1 de marzo de 2012, teniendo como fundamento los actos de mala fe, en los que incurre de manera sistemática la demandada COLPENSIONES, otorgándole mediante acto administrativo la indemnización sustitutiva, con el argumento de no contar con los requisitos mínimos para la obtención de la pensión de vejez. No obstante, después de innumerables solicitudes administrativas de corrección de historia laboral por vía administrativa, se expide historia laboral actualizada, la cual certifica un total de 1007,57 semanas de cotización cumpliendo así con el requisito establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación

interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión del Juez de Instancia, en cuanto reconoció a favor del demandante la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a cargo de COLPENSIONES, haciendo énfasis en el número de semanas cotizadas y reportadas al Sistema General de Pensiones, así como la posibilidad de decretar pruebas en Segunda Instancia.

DE LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Solicitó el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso que, se autorice para presentar en esa Instancia, un nuevo reporte de las semanas cotizadas por el actor, pues, considera que entre las resoluciones que le negaron el derecho a la pensión de vejez y los reportes de cotizaciones allegados al plenario, existe una incongruencia en el total de semanas cotizadas, debido a que no se tenía certeza de los aportes realizados por el demandante, a través del régimen subsidiado de pensiones.

Dispone el artículo 83 del CPTSS, modificado por el 41 de la Ley 712 de 2001, lo siguiente:

“ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes”.

En ese orden de ideas, en Segunda Instancia, de manera excepcional puede existir un periodo probatorio, siempre que las respectivas pruebas hayan sido solicitadas, decretadas y no practicadas, por causa no imputable al peticionario, lo que no ocurrió en el presente caso, ya que, el a-quo, consideró que, las pruebas allegadas al plenario eran suficientes para resolver de fondo el presente asunto; además, de advertirse alguna inconsistencia en la contabilización del número de semanas cotizadas por el demandante, COLPENSIONES, tuvo la oportunidad de verificar desde la notificación de la demanda, cuáles eran los errores presentados y, solicitar en su escrito de contestación las pruebas que considerara pertinentes y conducentes para demostrar las falencias alegadas; no obstante, guardó silencio al respecto y sólo en el recurso de apelación, alegó una posible equivocación en los aportes efectuados a través del régimen subsidiado, lo que no demostró dentro del debate probatorio; razones suficientes para no acceder a la solicitud de pruebas, deprecada en el recurso de alzada.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN

Ahora, no fue objeto de discusión en la alzada y así lo reconoció la demandada, que el demandante, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, al 01 de abril de 1994, contaba con 50 años de edad; además, al 22 de julio de 2005, fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, había cotizado un más de 750 semanas; cumpliendo con los requisitos para que se le respetara *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez”* de la norma anterior, de la cual es beneficiario.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO

El régimen anterior que tenía el demandante, es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, que, en su artículo 12 establece:

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

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

Así pues, siendo el actor beneficiario del régimen de transición, resulta procedente el estudio de su derecho pensional a la luz de lo establecido por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; advirtiéndole la Sala, que cumplió con el requisito de los 55 años de edad, el 19 de abril de 1998. Y, en cuanto al número de semanas cotizadas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión esto es, entre el 19 de abril de 1978 y el 19 de abril de 1998, el actor, sólo cotizó 448,86 semanas, por lo que, no cumple con el requisito de las 500 semanas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad.

Respecto a las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, como ya se indicó, pese a que COLPENSIONES, advirtió una incongruencia en el número de semanas cotizadas por el demandante, entre las resoluciones que le negaron el derecho a la pensión de vejez, donde siempre se contabilizaron 981 semanas, y los reportes de semanas cotizadas allegadas al plenario donde se refirió un total de 1.007,71; lo cierto es que, COLPENSIONES, no puede desconocer los reportes expedidos por esa misma Administradora, desde el 24 de mayo de 2018, donde certificó que el demandante, tiene 1.007,71 semanas cotizadas a pensión, menos aún, cuando éste solicitó la corrección de su historia laboral en dos oportunidades, 10 de enero de 2013 y 23 de abril de 2014 (CD fl. 35) y

nunca se le advirtió de un posible error en los aportes efectuados a través del régimen subsidiado de pensiones, circunstancia que tampoco fue alegada oportunamente, ni demostrada en el proceso por la parte demandada.

En ese orden de ideas, comoquiera que, el demandante, según el último reporte de semanas cotizadas expedido el 10 de junio de 2019 (fls 28-32), el cual fue allegado al expediente por COLPENSIONES, acredita un total de 1.007,71 semanas cotizadas en toda su vida laboral, es beneficiario de la pensión de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; resultando acertada la decisión del Juez de Primer Grado, que así lo reconoció.

En los anteriores términos se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandada. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

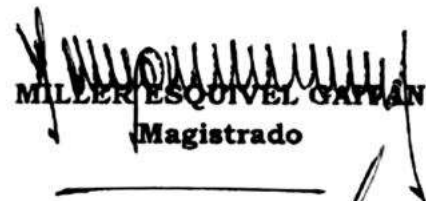
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **LUIS ALFONSO RODRÍGUEZ PARGA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

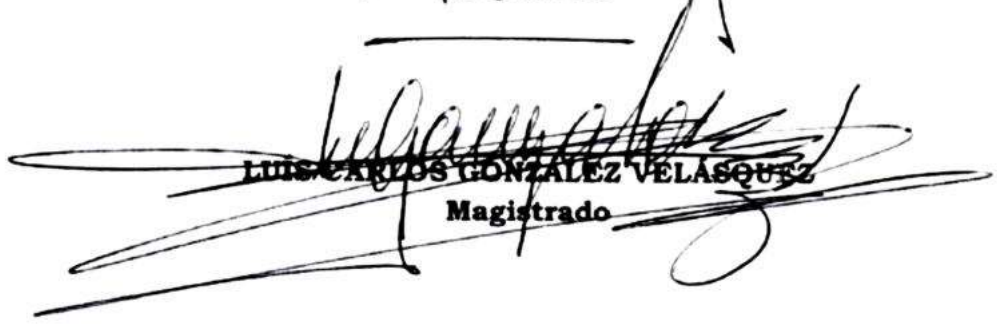
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de la demandada y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105030201500100-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Recobro terapias ABA ordenadas por vía de tutela.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante SALUD TOTAL EPS S.A., contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **SALUD TOTAL EPS S.A.** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA CAFETERA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA POPULAR S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX S.A. y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, en calidad de integrantes del **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 EN LIQUIDACIÓN; FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX S.A.**, como integrantes del **CONSORCIO SAYP 2011; ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - ASD S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A. – SERVIS S.A. y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, quienes integran la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**; la **DIRECCIÓN DE REGULACIÓN DE BENEFICIOS, COSTOS Y TARIFAS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD** con la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**.

ANTECEDENTES

SALUD TOTAL EPS S.A. instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA CAFETERA S.A., FIDUCIARIA LA**

PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA POPULAR S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX S.A. y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., en calidad de integrantes del **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 EN LIQUIDACIÓN; FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX S.A.**, como integrantes del **CONSORCIO SAYP 2011; ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - ASD S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO S.A. – SERVIS S.A. y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, quienes integran la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA; la DIRECCIÓN DE REGULACIÓN DE BENEFICIOS, COSTOS Y TARIFAS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD**, para que se declare administrativa, extracontractual y solidariamente responsable a las demandadas, por los daños antijurídicos causados como consecuencia del no pago del 100% del valor recobrado por la prestación de servicios de salud que no estén costeados por la UPC del POS, servicios que fueron suministrados por la EPS, dando cumplimiento a los fallos de tutela proferidos por Jueces de la República; y, en consecuencia, se condene a las demandadas, al pago de \$2.598.812.200 correspondientes a 666 recobros presentados a éstas y glosados aduciendo que ya habían sido cancelados dentro del valor de la UPC por concepto de la prestación de servicios de salud – TERAPIAS ABA Y RELACIONADAS CON ABA- que, no están costeados por la UPC del POS, los cuales fueron suministrados por la EPS, en cumplimiento de fallos de tutela y que a la fecha no han sido cancelados; que, se reconozca sobre la anterior suma de dinero, los intereses moratorios establecidos para tributos administrados por la DIAN, de conformidad con lo determinado en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002; que, se reconozca y pague la indexación derivada de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; que, se ordene a las accionadas cancelar \$259.881.200 correspondientes al 10% de los gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS, objeto de la presente demanda, efectivamente suministradas a sus usuarios, aplicando por analogía el porcentaje del gasto administrativo admitido para las ARL o la suma que resulte probada en el proceso; que, se reconozca cualquier otro daño material, demostrado en el transcurso del proceso, así como los gastos en que se está incurriendo por concepto de esta demanda.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, es una Entidad Promotora de Salud, autorizada por el Estado, para el aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garanticen el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Indicó que, en cumplimiento de órdenes judiciales plasmadas en fallos de tutela, se vio en la obligación de prestar servicios por concepto de terapias ABA y relacionadas con ABA, que se encuentran excluidas del POS, radicando las

respectivas cuentas ante los administradores fiduciarios, con los soportes que acreditan la efectiva prestación y suministro, de acuerdo con los requisitos legales contemplados en las Resoluciones 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, 3099 de 2008 y 5395 de 2013; sin embargo, las demandadas, se negaron a cancelarlas, aduciendo que los servicios prestados se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, pese a que los recobros por las TERAPIAS ABA y RELACIONADAS CON ABA, nunca fueron costeadas dentro de la Unidad de Pagos por Capitación del POS, lo que ha implicado para esa Empresa, un daño antijurídico, en razón a los pagos en que incurrió, y que, deben ser asumidos exclusivamente por el Estado (fls. 233-310).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación, oportunamente, en los siguientes términos:

El **CONSORCIO SAYP 2011**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; en cuanto a los hechos, dijo no constarle que la actora, haya prestado los servicios por concepto de terapia ABA, en cumplimiento de órdenes judiciales, por lo que, se atendería a lo probado en el proceso; aclaró que hasta el 30 de septiembre de 2011 el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, en virtud del contrato fiduciario No. 242 de 2005, tuvo a su cargo la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y, sólo a partir del 01 de octubre de 2011, ese Consorcio, asumió la administración y pago de los recursos del FOSYGA, el cual no contempla dentro de sus obligaciones legales ni contractuales gestionar o adelantar el trámite de auditorías de los recobros ni las reclamaciones, toda vez que dicho proceso estaba a cargo de la entonces entidad UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA, actualmente, UNION TEMPORAL FOSYGA 2014. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consorcio SAYP 2011, inexistencia de obligación indemnizatoria – ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado y enriquecimiento sin causa, el CONSORCIO SAYP 2011 no reemplaza, ni responde solidariamente con otros administradores, imposibilidad jurídica, inexistencia de daño antijurídico, prescripción de la acción, falta de jurisdicción y competencia y la innominada (fls. 453-494).

La **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, se opuso a las pretensiones de la demanda y, negó los hechos de la misma, señalando que, las solicitudes de recobro no fueron presentadas con el lleno de los requisitos legales; que, los 666 recobros fueron objeto de distintas glosas; además que, no es cierto que los servicios denominados terapias ABA, nunca hayan sido costeados dentro de la Unidad de Pago por Capitación, pues, éstas comprenden un conjunto de actividades de carácter educativo que pueden estar relacionadas o no con prestaciones o terapias del ámbito de la salud, razón por la cual en virtud de lo previsto en los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, los servicios que se prestan dentro del ámbito del derecho a la salud, se encuentran cubiertos por el POS y, en consecuencia, las EPS deben brindarlos en atención al principio

de integralidad del tratamiento. Formuló las excepciones de pago por el FOSYGA de algunos de los valores reclamados a través de la unidad de pago por capitación, cumplimiento estricto de obligaciones de orden legal y contractual, inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, improcedencia de reconocimiento de interés de mora u otras sanciones pecuniarias y prescripción del derecho. También llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A. (fls. 602-649).

El **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005**, se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos indicó que las 666 solicitudes de recobro objeto de demanda, no fueron radicadas ante ese Consorcio, pues, van del 16 de febrero de 2012 al 15 de julio de 2013, fechas posteriores al 30 de septiembre de 2011, cuando finalizó el contrato de encargo fiduciario entre el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y el Ministerio de Protección Social, por el cual había asumido la condición de administrador fiduciario del FOSYGA. Como excepciones de fondo, planteó las de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de jurisdicción, indebida escogencia de la acción, la auditoría de las solicitudes de recobro por prestaciones no incluidas en los planes de beneficios o reclamaciones por eventos catastróficos y accidentes de tránsito es un proceso administrativo, reglado integralmente en la ley, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 fue un simple administrador fiduciario que debía acatar instrucciones del entonces Ministerio de la Protección Social, la naturaleza del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y las obligaciones a cargo del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, inexistencia de obligaciones monetarias a cargo del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y a favor de la demandante, improcedencia de la solicitud de reconocimiento de la actualización IPC, improcedencia de la solicitud de reconocimiento de intereses de mora en aplicación al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, inexistencia de obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido (fls. 766-786).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, se opuso a las declaraciones y condenas incoadas, advirtiendo que, los servicios denominados por la entidad demandante, como TERAPIAS ABA Y RELACIONADAS CON ABA, corresponden a diferentes terapias que buscan mejorar la conducta a nivel educativo de la persona, las cuales son terapias de tipo experimental sin soporte científico comprobado; relacionó 13 procedimientos, que se encuentran dentro del Plan de Beneficios de Salud y que tienen que ver con las terapias relacionadas por la entidad demandante; que, de conformidad con las glosas impuestas a los recobros presentados por la demandante, la negativa a su pago se encuentra soportada en el hecho de que corresponden a prestaciones a salud, las cuales hacen parte integrante del POS y deben ser garantizadas por la actora, a sus afiliados, y por tanto, no pueden ser recobrados, toda vez que ya se encuentran previamente reconocidos a través de la UPC, además, no fueron presentados con el lleno de los requisitos o se presentaron de forma extemporánea. Propuso las excepciones de culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad de la demandada, improcedencia del pago de intereses

moratorios, la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil, inexistencia de daño (fls. 950-1018).

Teniendo en cuenta que mediante la Ley 1753 de 2015, se dispuso la creación de la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por auto del 14 de febrero de 2018, el a-quo, ordenó su vinculación al proceso como sucesor procesal de la NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, asumiendo la actuación en el estado en que se encontraba (fls.1114-1115).

En audiencia de trámite celebrada el 29 de mayo de 2019, se ordenó la desvinculación por desistimiento de las sociedades fiduciarias integrantes del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, continuando el trámite contra la ADRES, la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A. (fls. 1292-1293).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 10 de junio de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas y a la llamada en garantía de las pretensiones incoadas en su contra, pues, aunque determinó que las denominadas terapias ABA, no hacían parte del POS, consideró el a-quo, que la parte actora, no cumplió con la carga probatoria de demostrar la prestación de tales servicios, ni las órdenes que en igual sentido emitieron los Jueces Constitucionales para su reconocimiento; condenando en costas a SALUD TOTAL EPS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de SALUD TOTAL EPS S.A., interpuso recurso de apelación, insistiendo en que las terapias de neurodesarrollo, terapias ABA, no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, lo que, permite solicitar su recobro, pues, no se encontraban financiados por la UPC, y a la fecha de presentación del recurso la EPS, cubrió los servicios con sus recursos propios, contrariando los postulados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cuanto que los mismos deben ser financiados por el Estado, siendo las EPS, delegatorios del FOSYGA hoy ADRES; señaló que, en Primer Grado, hubo una total omisión probatoria al indicar que no se allegó ningún soporte para emitir un fallo de fondo y definir si hubo o no prestación de los servicios, pues, desde el libelo introductorio, se allegaron 3 medios magnéticos, con la base de datos con los servicios objeto de demanda, con todos los datos, junto con los soportes de cada uno de los 666 recobros, por lo que, sí se podía resolver de fondo el presente asunto; que, las causales de las glosas de la firma auditora, no lo fueron por la no prestación del servicio o porque SALUD TOTAL EPS, no haya demostrado que el servicio sí fue ordenado por un médico tratante, sino porque

consideraban que estos servicios hacían parte del POS, lo que no es cierto, como dejó dicho el a-quo; que, un recobro puede incluir varios servicios y por ende, no necesariamente el número de glosas debe coincidir con los 666 recobros presentados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, pidió su desvinculación del proceso, al igual que para la llamada en garantía ALLIANZ SEGURO DE VIDA S.A.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, que absolvió a las demandadas del pago de los 666 recobros presentados, correspondientes a TERAPIAS ABA Y RELACIONADAS CON ABA, al considerar que no se demostró la prestación de dichos servicios o si por el contrario la actora, sí cumplió con dicha carga probatoria y por ende procede su reconocimiento.

DE LA COMPETENCIA

Sea lo primero aclarar que esta Sala, es competente para conocer del presente asunto, comoquiera que, la controversia planteada corresponde a una de las previstas en el numeral 4 del artículo 2 del CPTSS, en la medida en que se relaciona, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la Seguridad Social, sin que se configure alguna de las excepciones a la cláusula general de competencia contenida en el artículo 2, numeral 4 del CPTSS, esto es, responsabilidad médica o conflictos de origen contractual como tampoco se basa en título valor alguno.

En igual sentido, se pronunció el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en providencia del 21 de enero de 2015, Radicado No. 110010102000201402289 00 (9869-20), donde, precisó que:

“(...) la Seguridad Social Integral, cuya unidad conceptual que viene dada desde la propia Constitución y es desarrollada por la Ley 100 de 1993, exige la existencia de un proceso especial y de una jurisdicción también especializada en orden a dirimir las controversias que se relacionen con esta materia que no es otra que la

ordinaria laboral, con las excepciones contempladas en los artículo 36 y 279 de la Ley 100 de 1993.

(...) con el fin de interpretar de manera coherente el enunciado normativo del artículo 2.4 del C.P.T. a la luz de la cláusula general y residual de competencia del artículo 12 de la ley estatutaria 270 de 1996, deberá entenderse que los recobros al Estado son una controversia, sino directa al menos indirecta, que se desprende necesariamente de la prestación de servicios de salud a afiliados, beneficiarios o usuarios, por parte de una E.P.S. en tanto que administradora de un régimen de seguridad social en salud.

...Debe entonces entenderse que las controversias judiciales que se desprenden por recobros fallidos son un tipo especial de litigio en materia de seguridad social, que no puede confundirse con casos de responsabilidad médica, ni con litigios basados en contratos, ni con el medio de control de reparación directa por hechos, omisiones u operaciones del Estado. Ello implica la inclusión del proceso judicial de recobros por prestaciones NO POS dentro de los supuestos del artículo 2.4 del CPT que le asignan competencia al juez laboral y de la seguridad social.” (Negrilla fuera de texto).

Adicionalmente, recibida la demanda, proveniente del Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, por auto del 26 de febrero de 2015, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la falta de jurisdicción y competencia y remitió el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para dirimir el conflicto negativo de competencias (fl. 324), que fue asignado a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, mediante providencia del 11 de junio de 2015 (cuaderno 4).

DEL PAGO DE FACTURAS POR SERVICIOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS

Insiste la parte demandante, en que procede el pago de los 666 recobros efectuados, por los servicios prestados por orden de tutela, a sus afiliados, denominados TERAPIAS ABA Y RELACIONADAS CON ABA; a lo que no accedió el Juez de Primer Grado, quien, si bien consideró que tales procedimientos estaban excluidos del POS, no fueron debidamente probados en el proceso.

Con el fin de resolver las inconformidades de la parte demandante, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, plasman el derecho a la Salud y a la Seguridad Social; y, en desarrollo de éstos la Ley 100 de 1993, consagra en su artículo 152 los fundamentos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, determinando su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control; así como las obligaciones que se derivan de su aplicación, con el objeto de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Igualmente, los artículos 156 y 177 de la misma Ley, prescriben que las Entidades Promotoras de Salud, son responsables de garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud

a sus afiliados a través de la suscripción con Instituciones Prestadoras de Salud y profesionales independientes, o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

El artículo 218 *ibidem*, dispuso la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, encargada de administrar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se maneja por encargo fiduciario, con el fin de lograr una atención sanitaria prioritaria y de calidad para aquellos que la requieren, sean contribuyentes o no; por su parte, el artículo 219 estructuró dicho Fondo a partir de cuatro subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito

El artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, determinó que, en caso de incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de la salud, se causarán intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, señala que las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades administradoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas, y que, vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

El artículo 13 de la Resolución 3797 de 2004, determina que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación; y, aunque la mencionada fue derogada posteriormente por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución.

El literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, consagra que los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que de acuerdo con el mecanismo de pago establezca el Ministerio de Salud.

El artículo 24 del Decreto 2727 de 2007, según el cual en el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el

prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002. Igualmente, en el evento en que la glosa formulada resulte justificada y se haya pagado un valor por los servicios glosados, se entenderá como un valor a descontar a título de pago anticipado en cobros posteriores. De no presentarse cobros posteriores, la entidad responsable del pago tendrá derecho a la devolución del valor glosado y al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha en la cual la entidad responsable del pago canceló al prestador.

El artículo 13 de la resolución 3099 de 2008, señala el término de 2 meses, siguientes a su radicación, para resolver las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma.

La sentencia T-760 de 2008, de la Corte Constitucional, a través de la cual, esa Corporación reconoció que las Entidades Promotoras de Salud – EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC); y que, para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el Sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil.

El concepto con radicación No. 11000103600020100086 del 19 de agosto de 2010, según el cual, el pago tardío de los recobros presentados al Fosyga, por servicios y medicamento no incluidos en el POS, da lugar al pago de intereses de mora, a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, no sólo porque así se deriva del Decreto 1281 de 2002, sino porque ello se adecua a las finalidades y objetivos del sistema general de salud; surgiendo dicha mora, vencido el plazo expresamente señalado por el artículo 13 de la Resolución 3099 de 2008, para que el Fosyga, realice el pago de las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma.

El artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, indica que, el no pago oportuno de los servicios de salud causa intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); y, el artículo 57 de la misma Ley, regula el trámite de las glosas, que podrán hacer las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes.

El artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, señala que, para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.

El artículo 4 de la Resolución 4331 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social, según el cual todas las facturas de prestación de servicios deben ir acompañada de unos soportes para el pago efectivo, relacionados en el anexo técnico No. 5 de la Resolución 13047 de 2008, dentro de los cuales se destacan entre otros, la factura o documento equivalente, detalle o relación de la atención por cada usuario, la autorización o aval para la prestación del servicio del salud, resumen de historia clínica, comprobante o confirmación de prestación efectiva del servicio por parte del usuario, orden y/o fórmula médica, recibo de pago, fotocopia del fallo de tutela, autorización del Comité Técnico Científico.

El artículo 122 del Decreto – Ley 019 de 2012, derogado expresamente por el artículo 158 del Decreto 2106 de 2019, Ley antitrámites, que fijaba el procedimiento para las cuentas por recobro, cuando se presentaran divergencias recurrentes, por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el Fosyga, por cualquier causal.

El artículo 2 del Decreto 1865 de 2012, definió las divergencias recurrentes, como las diferencias conceptuales entre más de una entidad recobrante y el Ministerio de Salud y Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), respecto de las glosas que por cualquier causal hayan sido aplicadas a las solicitudes de recobro en más de un período de radicación.

La Nota Externa 201433200296233 del 10 de noviembre de 2014, del Ministerio de Salud, dirigida a las entidades recobrantes, referente, entre otros temas, a las exclusiones del POS, donde se incluyen, entre otros, los pañitos húmedos, como prestación suxtuaria y servicio exclusivamente cosmético, por el que no procede recobro, salvo fallo de tutela, que los ordene.

El Acuerdo 29 de 2011 y las resoluciones 5521 de 2013 y 5592 de 2015, que definieron, aclararon y actualizaron integralmente el Plan Obligatorio de Salud -POS, durante la vigencia de los recobros pretendidos por la demandante.

El artículo 8 La Ley Estatutaria 1751 de 2015, regula el derecho fundamental a la salud, y en especial, determina que todos los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa con el objetivo de prevenir o curar las patologías que presente el paciente, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud del paciente y su sistema de provisión, cubrimiento o financiación.

El artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, dispuso la creación de una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Adres, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, la cual tiene como objeto entre otras funciones, la de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías -Fosyga, los del Fondo de

Salvamento y Garantías para el Sector Salud - Fonsaet, los que financien el aseguramiento en salud, así como los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo.

Los literales a) y b) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, según los cuales, el término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga; y el término para la caducidad de la acción legal que corresponda, se contará a partir de la fecha de la última comunicación de glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.

La Resolución 1328 de 2016, establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, garantía del suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, eliminando los comités técnico – científicos.

El artículo 9 de la Ley 1797 de 2016, según el cual las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y del Contributivo, independientemente de su naturaleza jurídica, el Fosyga o la entidad que haga sus veces y las entidades territoriales, cuando corresponda, deberán depurar y conciliar permanentemente las cuentas por cobrar y por pagar entre ellas, y efectuar el respectivo saneamiento contable de sus estados financieros; estando el Ministerio de Salud y Protección Social, en la obligación de establecer las condiciones, términos y fechas referidos al proceso de glosas aplicadas por las Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar, asociadas a la prestación del servicio de salud.

La Resolución 5218 de 2017 del Ministerio de salud, que establece los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, indicando en su artículo 5º los elementos esenciales de la obligación para el reconocimiento y pago de los recobros, tales como: “1. *Copia del acta de Comité Técnico Científico (CTC) o Fallo de Tutela; 2. Copia de la factura de venta o documento equivalente; 3. Constancia de cancelación de la factura o del documento equivalente; y, 4. Los documentos adicionales que acrediten la existencia de la respectiva obligación.*”

El artículo 38 de la Resolución 5269 de 2017, que establece las condiciones para que un medicamento sea financiado por el Sistema de Salud con cargo a la UPC.

El literal c) del artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, que, con el fin de contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el Gobierno nacional debía definir los criterios y los plazos para la estructuración, operación y seguimiento del saneamiento definitivo de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, siempre y cuando, entre otros, *“la obligación derivada de la prestación del servicio o tecnología no se encuentre afectada por caducidad y/o prescripción”*.

El artículo 12 del Decreto 521 de 2020, que fija los criterios para verificar las condiciones de temporalidad de los servicios y tecnologías en salud, objeto de saneamiento.

Advierte la Sala, que, no se detendrá a determinar, si los servicios de salud denominados TERAPIAS TIPO ABA, cuyo recobro pretende la demandante, hacen parte o no del Plan Obligatorio de Salud, pues, como quedó determinado en Primera Instancia y no fue objeto de alzada, los mismos efectivamente se encuentran excluidos del POS, por tratarse de tecnologías de carácter educativo, instruccional o de capacitación, relacionadas más con procesos de aprendizaje que con atención médica. Tampoco se discute que, la actora, autorizó dichas terapias a sus afiliados, en cumplimiento de las órdenes impartidas por Jueces Constitucionales, a través de sendos fallos de acciones de tutela.

Ahora bien, para establecer si le asiste o no derecho a la demandada al pago de los 666 recobros pretendidos, verificadas una a una las documentales allegadas en medio magnético, correspondientes a archivos Excel y PDF, encuentra la Sala, que:

• No se allegó prueba alguna respecto de 84 recobros, correspondientes a los siguientes radicados:

25765460	25825687	25701799	25433429	25433428	25428730	25433455
25433165	25433450	25433451	25433452	25433454	25433456	25433433
25433434	25433448	25433449	25434050	25434052	25434053	25440843
25433166	25441192	25433159	25433157	25433160	25451899	25434082
25434084	25434085	25434086	25434087	25434045	25434046	25434047
25434048	25434049	25451900	25451921	25451909	25433437	25428710
25428716	25428717	25440758	25440756	25440749	25433163	25434088
25434089	25434092	25434093	25434094	25434199	25452406	25428227
25428257	25428258	25428259	25428244	25428245	25433173	25433174
25433122	25433176	25433175	25434201	25451824	25433164	25433162
25433172	25433170	25433169	25433168	25433134	25433130	25880813
25434227	25434225	25434221	25434220	25434219	25434217	25434205

• 423 recobros, carecían de orden o fórmula médica, autorización de servicios o fallo de tutela de Primera Instancia; estos son:

24967547	25709094	25784026	25428496	25784066	25727147
24967482	25709095	25784048	25440052	25877778	25727152
25765456	25825681	25825690	25564504	25877775	25784059
25765459	25765466	25744335	25428467	25860074	25594952
25744808	25784052	25744798	25877611	25860052	25428233
25743710	25784076	25709102	25877610	25860050	25428236
25758519	25434079	25758527	25877627	25651739	25428234
25758507	25762100	25758524	25877614	25690539	25784056
25744321	25701811	25743713	25880755	25692179	25727200
25744331	25758492	25709088	25880800	25860062	25428225
25701818	25758858	25709087	25880799	25877572	25428471
25709104	25758859	25758695	25877612	25877607	25761979
24940147	25758510	25709092	25877613	25877621	25726749
24967552	25758521	25709096	25877615	25701794	25428237
24967558	25709073	25709097	25877616	25701793	25744317
24967491	25459400	25709098	25877617	25701792	25744319
24967481	25434420	25434290	25877618	25701791	25744320
25765372	25434414	25744800	25877624	25701790	25744329
25743744	25434277	25762125	25877609	25701789	25744330
25825717	25428461	25765464	25877606	25701783	25701817
24967506	25428462	25427929	25877608	25701787	25701816
24967507	25428459	25427930	25877596	25711187	25701814
25825706	25434032	25427933	25877593	25709229	25701813
25825707	25434033	25427928	25877620	25701780	25727174
25825709	25440021	25765463	25877622	25701785	25433146
25765671	25428492	25543277	25877623	25701784	25459379
25825723	25441005	25818464	25877573	25701788	25459381
25825725	25440147	25784062	25860249	25701795	25428438
25825726	25440154	25594785	25860049	25701796	25825697
24859108	25434024	25800943	25860245	25818468	25800964
24967555	25434021	25800990	25860246	25818467	25727187
24967520	25434027	25800948	25860247	25818466	25784050
24967514	25428460	25784054	25860031	25813074	25594954
24932061	25434029	25784053	25860250	25813073	25428243
24967538	25434031	25784060	25880815	25784006	25433430
24967486	25434026	25800986	25845558	25784004	25434055
24967485	25451302	25800949	25880831	25784003	25434056
25825730	25451773	25765655	25881330	25813068	25434057
25825731	25451768	25765458	25881331	25813081	25434058
25825733	25709085	25813135	25860233	25818473	25434041
25825734	25709090	25814350	25860234	25818472	25434042
25825735	25709091	25818465	25860229	25814349	25434071
25825727	25727188	25433447	25860230	25726760	25434036
25825722	25701777	25784014	25860231	25784092	25434037
25825720	25701798	25478698	25860215	25784007	25108245
25825719	25701801	25428478	25859973	25800965	25439746
25762107	25439826	25428479	25860210	25784008	25439757
25692174	25427903	25825705	25860244	25784002	25433440
25434289	25439834	25428480	25876295	25784001	25434043
25434282	25825686	25428481	25434070	25701808	25434044
25784504	25701779	25428482	25434065	25727123	25434186
25784501	25428475	25428494	25433441	25727143	25440845
25825704	25434120	25428495	25434164	25727145	25434034
25825710	25434105	25765393	25434232	25727184	25434035
25825711	25701807	25765394	25434231	25825698	25433435
25434280	25651389	25765395	25876292	25825718	25433443
25434278	25685036	25765399	25860045	25825688	25433446

25784518	25825680	25765397	25784000	25727179	25433445
25784512	25650391	25434080	25765388	25690558	25433444
25784049	25581719	25434081	25800969	25692180	25433442
25784080	25701806	25440733	25800967	25692185	25434075
25784079	25727157	25434069	25784011	25650378	25434074
25784077	25701802	25433131	25784012	25651392	25434073
25727204	25727192	25784064	25813075	25784057	25434072
25784051	25727193	25784063	25765391	25784084	25434174
25726748	25727177	25784068	25765390	25784058	25434173
24967508	25701797	25784095	25765389	25784009	25434077
24967509	25709237	25784094	25765387	25784090	25434078
24967537	25784023	25784093	25765386	25634146	25440844
24967541	24967487	25784065	25783999	25727146	25434054
25433431	25440852	25440851			

• Sólo se demostró la prestación del servicio de salud denominado *terapia ABA*, de forma clara, suficiente y completa, en relación con 159 recobros, así:

RADICACION	VR. RECOBRO	RADICACION	VR. RECOBRO	RADICACION	VR. RECOBRO
25709101	\$ 3.520.000	25440735	\$ 1.496.000	25709100	\$ 3.520.000
25744313	\$ 3.000.000	25440731	\$ 4.896.000	25825703	\$ 5.304.000
25709103	\$ 3.520.000	25453080	\$ 1.824.000	25784499	\$ 5.320.000
25744312	\$ 3.000.000	25453081	\$ 1.444.000	25744726	\$ 4.800.000
25765375	\$ 2.700.000	25441398	\$ 3.876.000	25496082	\$ 4.243.200
24823686	\$3.990.000	25451766	\$ 1.400.000	25485781	\$ 4.910.400
25825699	\$ 5.320.000	25765449	\$ 3.168.000	25485780	\$ 5.985.000
25825701	\$ 5.320.000	25433139	\$ 5.603.200	25800945	\$ 4.800.000
25825702	\$ 5.304.000	25440171	\$ 2.601.000	25765381	\$ 2.700.000
25765455	\$ 3.990.000	25428447	\$ 4.624.000	25765384	\$ 3.168.000
24874469	\$2.830.500	25428440	\$ 4.960.000	25765382	\$ 2.700.000
24925326	\$ 4.200.000	25428446	\$ 4.680.000	25434259	\$ 6.000.000
25434286	\$ 3.990.000	25727199	\$ 3.801.600	25434261	\$ 3.591.000
25709099	\$ 3.344.000	25726759	\$ 1.760.000	25681446	\$ 3.325.000
25709093	\$ 3.520.000	25685049	\$ 3.000.000	25651324	\$ 3.990.000
25765385	\$ 3.168.000	25434276	\$ 3.990.000	25428493	\$ 3.100.800
25743748	\$ 6.120.000	25434275	\$ 3.990.000	25765392	\$ 3.168.000
25758491	\$ 3.801.600	25609672	\$ 4.200.000	25765379	\$ 2.700.000
25709086	\$ 3.520.000	25727206	\$ 4.794.000	25564532	\$ 300.000
25709074	\$ 5.320.000	25727194	\$ 1.428.000	25765445	\$ 3.325.000
25709075	\$ 4.000.000	25727191	\$ 4.000.000	25608854	\$ 4.900.000
25709077	\$ 3.990.000	25744311	\$ 3.000.000	25664499	\$ 3.325.000
25434267	\$ 3.600.000	25428474	\$ 5.750.010	25428466	\$ 6.240.000
25428465	\$ 6.240.000	25727205	\$ 4.080.000	25434185	\$ 4.200.000
25434262	\$ 3.657.500	25709081	\$ 3.300.000	25434184	\$ 4.200.000
25440713	\$ 4.896.000	25825689	\$ 5.670.000	25434180	\$ 4.200.000
25440714	\$ 2.805.000	25709145	\$ 2.000.000	25434178	\$ 4.200.000
25877773	\$ 3.990.000	25860236	\$ 3.990.000	25881336	\$ 3.990.000
25860026	\$ 2.100.000	25428722	\$ 3.990.000	25877584	\$ 4.860.000
25594962	\$ 4.550.000	25428720	\$ 4.624.000	25877590	\$ 5.304.000
25685048	\$ 3.000.000	25860044	\$ 1.683.000	25877569	\$ 1.760.000
25860237	\$ 3.990.000	25860208	\$ 2.660.000	25877570	\$ 3.520.000
25726766	\$ 3.000.000	25859998	\$ 3.990.000	25877571	\$ 1.760.000
25726765	\$ 3.000.000	25860205	\$ 3.325.000	25860036	\$ 3.000.000
25765447	\$ 3.990.000	25800966	\$ 3.520.000	25860034	\$ 3.000.000
25765446	\$ 5.985.000	25634149	\$ 3.000.000	25860028	\$ 3.000.000
25765448	\$ 3.990.000	25634150	\$ 3.000.000	25860030	\$ 3.000.000
25765452	\$ 3.990.000	25594905	\$ 3.520.000	25859997	\$ 3.325.000
25765451	\$ 3.990.000	25860055	\$ 3.000.000	25860206	\$ 3.325.000
25800994	\$ 1.760.000	25860027	\$ 4.200.000	25860046	\$ 2.000.000
25651331	\$ 3.990.000	25433143	\$ 5.222.400	25433151	\$ 5.985.000
25678962	\$ 3.990.000	25433142	\$ 5.467.200	25433156	\$ 5.222.400
25692170	\$ 3.990.000	25434188	\$ 4.000.000	25433152	\$ 5.195.200
25634148	\$ 3.000.000	25664492	\$ 3.990.000	25744314	\$ 1.500.000

25428226	\$ 3.990.000	25664496	\$ 3.325.000	25727198	\$ 3.801.600
25428441	\$ 4.678.400	25594941	\$ 4.896.000	25727197	\$ 3.326.400
25727203	\$ 2.167.500	25727178	\$ 4.896.000	25727196	\$ 4.845.000
25727202	\$ 4.080.000	25433145	\$ 5.304.000	25433140	\$ 5.168.000
25459382	\$ 912.000	25433147	\$ 5.657.600	25434187	\$ 4.000.000
25428472	\$ 4.500.020	25433150	\$ 5.985.000	25433468	\$ 3.990.000
25433143	\$ 5.222.400	25433151	\$ 5.985.000	25428697	\$ 3.990.000
25433142	\$ 5.467.200	25433156	\$ 5.222.400	25428719	\$ 4.550.000
25434188	\$ 4.000.000	25433152	\$ 5.195.200	25428718	\$ 4.550.000
25664492	\$ 3.990.000	25744314	\$ 1.500.000	25428731	\$ 4.433.600
25664496	\$ 3.325.000	25727198	\$ 3.801.600	25428677	\$ 5.004.800
25594941	\$ 4.896.000	25727197	\$ 3.326.400	25434230	\$ 4.200.000
25727178	\$ 4.896.000	25727196	\$ 4.845.000	25434167	\$ 4.200.000
25433145	\$ 5.304.000	25433140	\$ 5.168.000	25434166	\$ 4.200.000
25433147	\$ 5.657.600	25434187	\$ 4.000.000	25434288	\$ 3.990.000
25433150	\$ 5.985.000	25433468	\$ 3.990.000	TOTAL	\$ 612.091.930

Teniendo en cuenta lo anterior y, comoquiera que, contrario a lo manifestado por el a-quo, la demandante, sí acreditó parcialmente, la prestación a sus afiliados, de las terapias ABA, que se encuentran excluidas del Plan de Beneficios en Salud, se revocará la sentencia de Primera Instancia, para en su lugar condenar a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, a reconocer y pagar a favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A., la suma de \$612.091.930 correspondientes a los 159 recobros ya mencionados, junto con los intereses moratorios, causados desde la fecha de efectividad de cada recobro y hasta el pago efectivo de los mismos, liquidados conforme a lo señalado en los artículos 24 del Decreto 2727 de 2007, artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 y el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011.

De otra parte, se absolverá a la demandada UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, de las pretensiones de la demanda, ya que ésta sólo tenía una relación de auditoría, recaudo y administración derivados del contrato de fiducia suscrito con la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, luego no puede responder por el pago de los recobros objeto de demanda, cuya responsabilidad está a cargo de la ADRES; igual absolución corresponde a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., al no proferirse condena alguna en contra de la Unión Temporal en mención.

Tampoco se accederá al reconocimiento de perjuicios materiales, daño emergente, lucro cesante, los cuales no se encuentran demostrados dentro del proceso; tampoco se ordenará a la indexación de la condena impuesta, al haberse reconocido a favor de la actora, los intereses moratorios; ni se ordenará el pago del 10% de gastos de administración, pues, conforme a lo señalado en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, tal porcentaje es reconocido a las EPS, a través de la Unidad de Pago por Capitación, por su gestión en la prestación del servicio de salud, independientemente de si las tecnologías médicas que éstas ofrecen a sus afiliados, se encuentran o no incluidas en el Plan de Beneficios.

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la fecha de generación u ocurrencia de los mencionados recobros, conforme al artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, el término con que contaba la actora, para efectuar sus reclamaciones era de 6 meses, que se cuentan como lo explica la resolución 003099 de 2008 a partir *i)* de la fecha de suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud; *ii)* la fecha del fallo de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o *iii)* la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales; en el presente asunto, las órdenes de tutela allegadas como sustento de las pretensiones, fueron impartidas entre los años 2007 y 2013, y los recobros se radicaron entre los años 2012 y 2013, lo que daría a entender que se presentaron de manera extemporánea, fuera de los 6 meses de que trata la norma en comento; no obstante lo anterior, señaló la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004, al referirse a la exequibilidad del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, que *“el artículo acusado no se está desconociendo la existencia de las obligaciones a cargo del Fosyga pasados los seis meses a que él alude; la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa”*; así las cosas, que la parte actora, no haya reclamado oportunamente el pago de las facturas dentro del trámite administrativo, no es óbice para considerar que perdió la oportunidad para cobrarlas, máxime cuando, como en este caso, se encuentra acreditada la prestación de los servicios, resultando plenamente válido perseguir su cancelación por vía judicial.

Ahora, en cuanto a la posible prescripción de esta acción, basta señalar que, los 666 recobros, fueron radicadas ante el Ministerio accionado y devueltas por éste, con las respectivas glosas, dentro del término previsto en el artículo 151 del CPTSS en concordancia con el 488 del CST, esto es, durante los 3 años anteriores a la radicación de la demanda, el 04 de junio de 2014 (fl. 1), razón por la cual, no operó el fenómeno prescriptivo respecto de ellas, resultando procedente su pago, dado el carácter fundamental del derecho a la salud, y el deber de las entidades prestadoras, de brindar, no sólo a sus afiliados, sino a cualquier ciudadano, la atención médica de urgencias, así como el acceso a los procedimientos, insumos, medicamentos, servicios y tecnologías que necesiten o requieran para la conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación de este derecho.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia que serán a cargo de la demandada ADRES.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a reconocer y pagar a favor de **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, la suma de SEISCIENTOS DOCE MILLONES NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$612.091.930) correspondientes a los 159 recobros, junto con los intereses moratorios, causados desde la fecha de efectividad de cada recobro y hasta el pago efectivo de los mismos, liquidados conforme a lo señalado por los artículos 24 del Decreto 2727 de 2007, artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 y el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., de las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, propuesta por las demandadas.

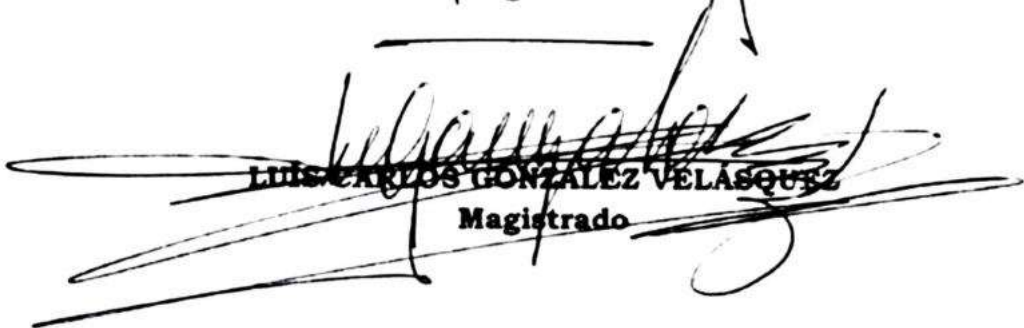
CUARTO: Sin **COSTAS** en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia que serán a cargo de la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC.



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

Proceso: 110013105031201800106 01

**PROCESO DE LA NUEVA EPS EN CONTRA DE LA ADMINISTRADORA
DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL
EN SALUD - ADRES**

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente, en compañía de los demás miembros de la Sala Tercera de Decisión Laboral, profieren la siguiente decisión,

TEMA: Auto tiene por no contestada la demanda.

OBJETO: Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra del Auto del 2 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual se tuvo por no contestada la demanda de por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

ANTECEDENTES

La Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – Nueva EPS S.A. llamó a juicio a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, a través del cual pretende que se declare a la demandada como responsable del pago de las obligaciones que impone el SGSSS derivadas de la prestación de los servicios de salud y que no están cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación – UPC del plan de beneficios en salud – PBS, servicios suministrados por dicha EPS dando

cumplimiento a los fallos de tutela proferidos por los jueces de la república; disponiéndose el reembolso de los valores pagados y no reconocidos por un valor de \$311.118.967 por concepto de 209 recobros, asimismo, que se condene al pago correspondiente al 10% por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS o no financiadas por la Unidad de Pago por Capitación – UPC sobre los 209 recobros; al pago de intereses moratorios, a cualquier otro perjuicio patrimonial o extrapatrimonial probado, al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató en síntesis, que la entidad Nueva EPS actúa como entidad promotora de salud, asegurando la prestación de servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios; que el Estado reconoce los servicios NO PBS autorizados y prestados a los afiliados, derivados de fallos de tutela y actas de comité técnico científico, debiendo ser la entidad la demandada la encargada de adelantar el procedimiento administrativo para que las EPS recuperen los costos por dichos conceptos.

Que una vez radicados los recobros objeto de la presente demanda ante el consorcio fiduciario definido por el Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA hoy Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, los mismos fueron rechazados, sin que se atendieran 209 recobros correspondientes a 209 ítems o servicios de prestaciones NO PBS.

Mediante providencia del 13 de mayo de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria asignó la competencia a la jurisdicción ordinaria laboral, al resolver el conflicto de competencia negativa previamente planteado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Como quiera que la parte demandada ADRES presentó contestación a la demanda de manera extemporánea, el juzgado de conocimiento mediante providencia del 02 de noviembre de 2020 procedió a tener por no contestada la demanda (ítem 11 expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la pasiva interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, indicando que el 22 de septiembre de 2021 el despacho notificó a la ADRES mediante correo electrónico de la presente demanda, en el cual se allegaba por medio de vínculo de SharePoint la información del expediente digital; que posteriormente, en el día 15 hábil, es decir, el 15 de octubre de dicha anualidad, remitieron escrito de contestación, solicitud de llamamiento en garantía, pruebas y demás soportes al correo institucional del juzgado, conforme los términos del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 712 de 2001, es decir, en el término de 15 días hábiles.

Por lo anterior, afirma que de acuerdo al artículo 41 ibídem, el término empezará a correr después de los 5 días hábiles de surtida la notificación a entidades públicas, por lo que la contestación allegada fue remitida dentro del lapso permitido.

Asimismo, que la implementación del Decreto 806 de 2020 se efectuó en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el virus Covid-19, con la finalidad de adoptar medidas para implementar tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, sin que sea una norma derogatoria, sino complementaria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada ADRES remitió alegatos de conclusión, indicando que la contestación de la demanda se allegó en el día 15 hábiles, dentro del término establecido en el C.P.T. y de la S.S.

Por su parte, la demandante remite alegatos, aduciendo que cuando se notifique personalmente a la demandada, no se debe aplicar la regla mencionada por la recurrente.

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

CONSIDERACIONES:

En el caso *sub lite*, la decisión del *a quo* consistió en tener por no contestada la demanda por la parte demandada, providencia que resulta susceptible del recurso de apelación conforme al numeral 1º del artículo

65 del C.P.T y de la SS, y así fue interpuesto, por tanto, la Sala procede a tomar la decisión que en derecho corresponda.

Teniendo en cuenta lo manifestado por el apelante al momento de interponer la alzada, en consonancia con las consideraciones del a quo para tener por no contestada la demanda, esta sala deberá determinar si en efecto la demanda se debía tener por no contestada por la parte pasiva, al haber sido allegado el escrito de manera extemporánea.

Dispone el artículo 41 del C.P.S. y de la S.S. frente al tema que hoy nos ocupa, lo siguiente:

*“(…) **ARTICULO 41. FORMA DE LAS NOTIFICACIONES.** <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las notificaciones se harán en la siguiente forma:*

A. Personalmente.

1. Al demandado, la del auto admisorio de la demanda y, en general, la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte.

2. La primera que se haga a los empleados públicos en su carácter de tales, y

3. La primera que se haga a terceros.

B. En estrados, oralmente, las de las providencias que se dicten en las audiencias públicas. Se entenderán surtidos los efectos de estas notificaciones desde su pronunciamiento.

C. Por estados:

1. <Numeral derogado por el artículo 17 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición.>

2. Las de los autos que se dicten fuera de audiencia.

Los estados se fijarán al día siguiente al del pronunciamiento del auto respectivo y permanecerán fijados un día, vencido el cual se entenderán surtidos sus efectos.

D. Por edicto:

1. La de la sentencia que resuelve el recurso de casación.

2. La de la sentencia que decide el recurso de anulación.

3. La de la sentencia de segunda instancia dictada en los procesos de fuero sindical.

4. La de la sentencia que resuelve el recurso de revisión.

E. Por conducta concluyente.

PARÁGRAFO. NOTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando en un proceso intervengan Entidades Públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones.

Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al secretario general de la entidad o en la oficina receptora de correspondencia, de la copia auténtica de la demanda, del auto admisorio y del aviso.

En los asuntos del orden nacional que se tramiten en lugar diferente al de la sede de la entidad demandada, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional, quien deberá al día siguiente al de la notificación, comunicarle lo ocurrido al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria.

Para todos los efectos legales, cuando la notificación se efectúe de conformidad con lo dispuesto en los dos incisos anteriores, se entenderá surtida después de cinco (5) días de la fecha de la correspondiente diligencia.

En el expediente se dejará constancia de estos hechos, en diligencia que deberán suscribir el notificador y el empleado que lo reciba “(...)”.

Ahora, teniendo en cuenta que la notificación efectuada a la ADRES se surtió el 23 de septiembre de 2021, pues si bien fue remitida el día 22 del mismo mes y año, al realizarse por fuera de horario hábil (5:20 pm), la misma surtiría efecto al día siguiente, data a la que le resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la

atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, el cual frente a lo relacionado con las notificaciones personales, dispuso:

*“(…) **ARTÍCULO 8o. NOTIFICACIONES PERSONALES.** <Emergencia vigente hasta el 30 de junio de 2022. Resolución MINSALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL 385 de 2020> <Artículo subrogado por el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022> Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.*

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

*<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> **La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.***

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso.

PARÁGRAFO 1o. *Lo previsto en este artículo se aplicará cualquiera sea la naturaleza de la actuación, incluidas las pruebas extraprocesales o del proceso, sea este declarativo, declarativo especial, monitorio, ejecutivo o cualquier otro.*

PARÁGRAFO 2o. *La autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar información de las direcciones electrónicas o sitios de la parte por notificar que estén en las Cámaras de Comercio, superintendencias, entidades públicas o privadas, o utilizar aquellas*

que estén informadas en páginas web o en redes sociales (...)".
Negrilla fuera del texto.

Y es que si bien es cierto que el Decreto 806 de 2020 no deroga lo preceptuado en el artículo 41 del C.P.S. y de la S.S., no existe duda alguna de que el decreto en mención resulta aplicable al caso concreto, sin que se haya establecido prohibición o restricción alguna frente a la notificación de entidades públicas bajo dicha disposición normativa, o sin que encuentre esta corporación motivación alguna para alejarse de la misma.

Por otra parte, dispone el Decreto 806 de 2020 en su artículo 8, que la notificación se entenderá surtida una vez transcurridos dos días siguientes al envío del mensaje, por lo que al haber sido remitida la respectiva notificación el día 23 de septiembre de 2021, era necesario contabilizar los días 24 (viernes) y 27 (lunes) del mismo mes y año, para tener por realizada efectivamente la actuación, comenzando a correr términos el día siguiente, es decir, el 28 de septiembre de dicha anualidad.

Una vez aclarado lo anterior, y teniendo en cuenta que la contestación de la demanda remitida por la ADRES fue allegada el 15 de octubre de 2021, no hay duda alguna de que la misma resulta extemporánea, pues el término vencía el día 11 de octubre de 2021.

Por último, y frente a la afirmación de la recurrente de contar con 5 días hábiles después de surtida la correspondiente diligencia, lo cierto es que conforme lo dispuesto en la normativa, los mismos resultan aplicables cuando la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado no se encuentren en el lugar o no puedan por cualquier motivo recibir la notificación, la cual se practicará mediante entrega que se haga al secretario general de la entidad o en la oficina receptora de correspondencia; asimismo, cuando los asuntos se tramiten en lugar diferente al de la sede de la entidad demandada; situaciones que no resultan aplicables al caso concreto, inclusive, se encuentra desconociendo la apoderada que el artículo sobre el fundamenta el recurso, establece taxativamente: *“cuando la notificación se efectúe de conformidad con lo dispuesto en los dos incisos anteriores, se entenderá surtida después de cinco (5) días de la fecha de la correspondiente diligencia”*, sin que haya sido un término adicional para todo tipo de notificaciones efectuadas a entidades públicas.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha 2 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo considerado.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de la parte actora.

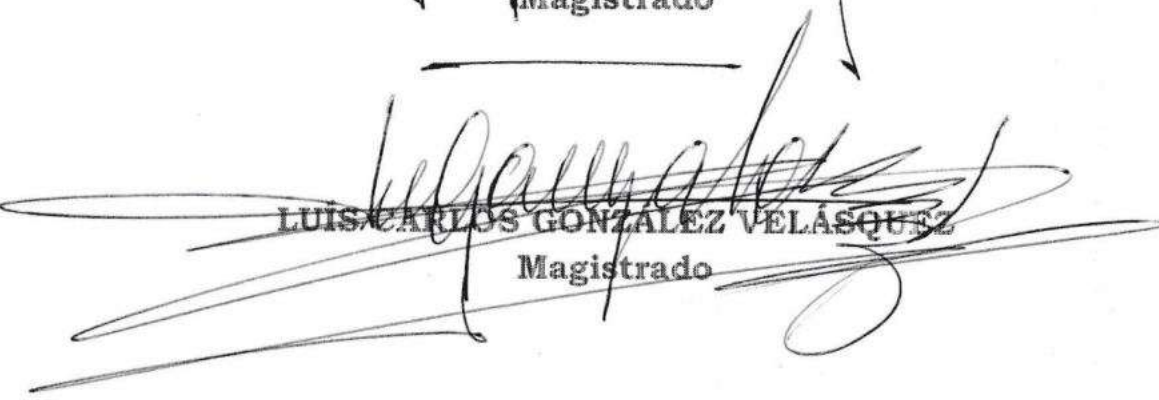
TERCERO. Envíese al Juzgado de origen, para que se continúe con el trámite pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201700117-02

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida 08 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ STELLA MAYORGA RAMIREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la vinculada **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 08 a 11 vto, y por parte de la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP como apoderado principal al Dr. RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES y como apoderada sustituta a la Dra. KAREN LIZETH PEÑUELA

MARTIN, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 17 a 19 .

ANTECEDENTES

LUZ STELLA MAYORGA RAMIREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESNTIAS, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con la vinculación de la UGPP, para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, por lo que, continua afiliada al RPM, administrador por COLPENSIONES; y, en consecuencia, que se ordene pasar todos los aportes, bonos y rendimientos a que haya lugar a COLPENSIONES; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., al pago de los intereses de los rendimientos a que haya lugar y, al pago de las costas del proceso.

Posteriormente mediante reforma a la demanda, solicitó la demandante, de manera principal, la nulidad de su afiliación al RAIS, declarando que siempre ha permanecido en el RPM; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, sumas recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en su poder; que, se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos, actualizar y corregir su historia laboral; que, se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

De manera subsidiaria, pidió que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, sumas recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en su poder; que, se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos, actualizar y corregir su historia laboral; que, se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 17 de julio de 1963; que, realizó aportes al Seguro Social, del 14 de mayo de 1986 al 20 de abril de 1992; luego, cotizó a CAJANAL desde el 2 de febrero de 1993 y hasta el 30 de octubre de 1994, cuando se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLFONDOS S.A.; y, posteriormente, el 22 de agosto de 2012, se cambió a la AFP HORIZONTE.

Indicó que, ni COLFONDOS S.A., ni HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., le brindaron una adecuada, completa, comprensible, suficiente y cierta información respecto a las implicaciones que tendría para su futuro

pensional, su afiliación al RAIS, brindándole una información que no fue verdadera, como que, el ISS, se acabaría y su pensión sería más alta que en el RPM, cuando en realidad, según simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A., a la edad de 56 años, su mesada ascendería a la suma de \$798.100, lo que se no se equipara con la realidad de sus aportes, efectuados sobre un salario de \$3.500.000.

Refirió que, solicitó a COLPENSIONES, su retorno a ese régimen, pero su petición fue negada (fls. 4-10, 48-49 y 289-297 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 129 -148 PDF).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica (fls. 168-175 PDF).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fls. 183-190 PDF).

El 20 de noviembre de 2017, agotada la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS., el Juez de Primera Instancia, dictó sentencia absolutoria, la cual fue apelada por la parte actora (fl. 260 PDF), y conocida por esta Sala, quien, mediante decisión del 30 de abril de 2019, declaró la nulidad de todo lo actuado, ordenando la vinculación al proceso de la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, quien una vez notificada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, indicó no constarle la mayoría de los hechos y formuló las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, prescripción y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (fls. 272-273 y 281-287 PDF).

La reforma de la demanda fue contestada en los mismos términos que la demanda inicial, por la **UGPP** (fls. 341-347 PDF), **COLPENSIONES** (fl. 425-459 PDF) y **COLFONDOS** (fls. 466-473 PDF); y, por auto del 24 de febrero de 2020, se tuvo por no contestada respecto de la AFP PORVENIR S.A. (fl. 489 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de febrero de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los valores de la cuenta individual de la actor, a COLPENSIONES, incluyendo los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM; ordenó a COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., devolver y reintegrar a COLPENSIONES todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, debidamente indexados a título de actualización monetaria; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante, sin solución de continuidad, desde su afiliación inicial al ISS; declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa, propuesta por la UGPP, y no probadas las demás excepciones; condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, dentro del expediente no obra prueba de algún vicio en el consentimiento de los consagrados en el artículo 1740 del CC., esto es, el error, la fuerza o el dolo; que, se trata de un error sobre un punto de derecho, que no tiene la fuerza legal suficiente para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico suscrito entre la demandante y COLFONDOS; que, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del CC., pues, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, en relación de con la ineficacia del traslado de régimen, la Corte, sólo determina la responsabilidad de probar en cabeza de las AFP, quebrando la lógica de las cargas probatorias; que, existen responsabilidades recíprocas, y por tanto, la actora, también estaba en la obligación, como consumidora financiera de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, por lo que su silencio en el tiempo, debe considerarse como una ratificación de su voluntad para permanecer en el RAIS; que, la decisión de ineficacia o nulidad del traslado de un afiliado, quiebra el principio de

sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, pues, no puede reconocérsele un derecho pensional a quien no ha contribuido al RPM, poniendo en riesgo los derechos pensionales de quienes sí lo han hecho.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, manifestó su inconformidad con la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, todos los valores correspondientes a gastos de administración descontados durante el tiempo que la demandante, estuvo afiliada a esa AFP, pues, ésta se lucró de los rendimientos durante la vigencia de su afiliación con esa Administradora, y si la decisión de Primera Instancia, es retrotraer todo a su estado original, debió calcularse el valor de los rendimientos obtenidos por la actora, que de haber continuado en el RPM, no hubiese recibido, lo que constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, y va en contravía de lo señalado en el artículo 1746 del CC., respecto a las restituciones mutuas, que en el presente caso, se encuentran acreditadas; que, la forma de financiación de la pensión de vejez, en uno y otro régimen pensional son distintas, de ahí que, no existe justificación válida devolver los gastos de administración, cuando estos no hacen parte de los valores con los cuales se pagara el derecho pensional a favor de la actora; que, respecto a las cuotas de seguros, las mismas fueron descontadas de buena fe y trasladadas a terceros que no hacen parte del proceso, como las aseguradoras con las que se suscribieron los contratos para aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, por su parte, manifestó que, para el momento en que se realizó el traslado de la demandante, el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en que las AFP, debían brindar información, como tampoco contemplaban el deber de documentar la asesoría, bastando únicamente con el formulario de afiliación, por lo que, no tiene sentido que se requieran pruebas que soporten dicha asesoría, cuando para el momento de la afiliación, no se requerían; que, la permanencia de la actora en el RAIS, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, que se ha ratificado con el tiempo; que, la demandante, sí conocía los beneficios características, condiciones y consecuencias del traslado de régimen pensional, como se advierte en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, dándose un ratificación del consentimiento de manera tácita, por los aportes realizados al RAIS y los cambios de Administradora, efectuados dentro del mismo; que, no se puede alegar una falta al deber de información, obligando a la AFP a aportar documentos que no se exigían para la época, como proyecciones o simulaciones pensionales, que sólo entraron en vigencia en el año 2014; que los gastos de administración, también son descontados en el RPM, no hacen parte de la financiación de la pensión de vejez y por ende, están sujetos a la prescripción, resaltando que ya la Superintendencia Financiera ha determinado que en casos de ineficacia o nulidad de los traslados al RAIS, no procede la devolución de los mismos, siendo los aportes y rendimientos las únicas sumas a retornar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada COLPENSIONES solicito que se revoque sentencia de primera instancia, ya que, no reposa prueba que determine que existió algún tipo de vicio frente al consentimiento con el deber de información. Entre tanto, la UGPP solicito confirmar sentencia alegando que en el presente caso se encuentra probada la falta de legitimación.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., y la AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si la ineficacia del traslado de la demandante atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; y, v) si procede la orden de devolución de gastos administración o los mismos son susceptibles del fenómeno de la prescripción.

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

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

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

cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas formulario solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., de fecha 07 de octubre de 1994 (fl. 11 y 244 PDF); comunicación del 21 de octubre de 1994 por medio de la cual COLFONDOS S.A., le informa al empleador de la demandante, su traslado al RAIS (fl. 12 PDF); certificación de aportes girados a CAJANAL (fl. 14 PDF); formulario solicitud de vinculación a los fondos de pensiones obligatorias administrados por BBVA HORIZONTE, suscrito el 22 de agosto de 2012 (fl. 16 y 149 PDF); respuesta de COLPENSIONES a la reclamación administrativa (fl. 18 PDF); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 21, 34 y 164 PDF); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 22-33 PDF); consulta SIAF (fls. 150-154 PDF); relación de aportes efectuados por la actora a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 155-159); historia laboral válida para liquidación de bono pensional (fls. 160-163 PDF); historia laboral de COLFONDOS S.A. (fls. 177-182 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 195-196 PDF); certificación de afiliación a la AFP BBVA HORIZONTE (fl. 244 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, inicialmente se afilió al ISS, en el año 1986 y estuvo allí hasta 1992, posteriormente, pasó a CAJANAL, donde cotizó entre 1993 y 1994, se afilió a COLFONDOS S.A., en 1994 y se cambió a la AFP PORVENIR S.A., en el año 2012, donde se encuentra cotizando hasta la fecha; que, ella trabaja en la Superintendencia de Transportes, y

para 1994, llegó allí un asesor de COLFONDOS S.A., le hizo una visita manifestándole que el Seguro Social, se iba a acabar, que, su pensión en la AFP, iba a ser más alto que en el ISS, pero nunca le hizo una proyección; luego, para el año 2012, también recibió la visita de un asesor, pero de la AFP PORVENIR S.A., quien prácticamente le manifestó lo mismo que el representante de COLFONDOS S.A., que el ISS se iba a acabar, que tendría una mejor pensión en esa Administradora, no le vio problema y se cambió; que, nadie le informó, ni COLFONDOS S.A., ni la AFP PORVENIR S.A., que podía retornar al RPM, antes de los 47 años; que su afiliación fue libre y voluntaria, pero no leyó el formulario; que, recibe extractos, pero solo refieren sus aportes, no tiene información acerca del posible valor de su mesada pensional; que, su intención es regresar al RPM, para obtener una pensión más alta a la que le ofrece la Administradora privada, porque según la proyección que le han hecho le queda en un salario mínimo, mientras que en COLPENSIONES, sería casi de \$3.000.000.

Por su parte, la representante legal de COLFONDOS S.A., manifestó que, el asesor que tramitó la afiliación de la actora a esta AFP, fue un señor de nombre JUAN CARLOS CORTÉS, que sostuvo relación laboral con la Administradora, hasta junio de 1995; que, no se encontró información de la hoja de vida de ese asesor comercial, sin embargo, advirtió que, todos los asesores al ingresar a laborar a esa AFP, reciben capacitación, durante un mes, sobre temas de Seguridad Social, como en su momento lo exigía la Superintendencia Bancaria ; que, además del formulario de afiliación, no existe otra prueba documental que pueda dar fe de la información brindada a la demandante al momento de su traslado de régimen pensional.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ STELLA MAYORGA RAMIREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo

1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 07 de octubre de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CENSTIAS hoy AFP PORVENIR S.A, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos*

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

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

Ahora, en relación con la orden impuesta a COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, ninguna razón le asiste en su reproche a esas demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado,teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS, son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código

Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

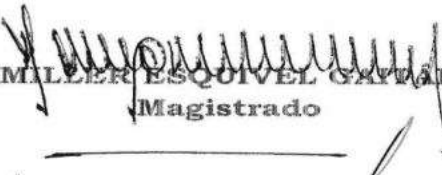
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ STELLA MAYORGA RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, COLFONDO S.A. y la AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900167-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida 07 de diciembre de 2020, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA MARÍA VARGAS REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIAN VELA y como apoderada sustituta a la doctora AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 8-11.

ANTECEDENTES

ANA MARÍA VARGAS REYES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. para que, se declare la nulidad o ineficacia, de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare que siempre ha pertenecido al RPM, sin solución de continuidad; que, se ordene a PROTECCION S.A., devolver a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en su poder; que, se ordene a COLPENSIONES, reactivar

su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos por el RAIS, actualizar y corregir su historia laboral; que, se condene a la PROTECCION S.A., a reconocer y pagar los perjuicios morales causados, estimados en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes o la suma estimada por el Juez; y que, se condene a las demandas en costas procesales.

Subsidiariamente solicita, que se declare la inexistencia del acto por medio del cual se trasladó al RAIS; y que, para todos los efectos jurídicos, siempre ha permanecido en el RPM, sin solución de continuidad; que, se ordene a PROTECCION S.A., devolver a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en su poder; que, se ordene a COLPENSIONES, reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos por el RAIS, actualizar y corregir su historia laboral; que, se condene a PROTECCION S.A., a reconocer y pagar los perjuicios morales causados, estimados en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes o la suma estimada por el Juez; y que, se condene a las demandas en costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 22 de diciembre de 1964; que, estuvo afiliada al RPM, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, desde el 19 de febrero de 1988 y hasta junio de 1996, cuando se trasladó al RAIS, mediante la suscripción del formulario de afiliación a COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A., sin recibir información técnica y adecuada al respecto, simplemente porque se le hizo creer que le era más beneficioso que el RPM; sin embargo, resultó ser más desfavorable, ya que, tanto la edad, como el monto de la misma, son más desventajosos para ella, de ahí que, su consentimiento estuvo viciado y adolece de una nulidad absoluta.

Indica que, el promotor de COLMENA AIG, no contaba con un título profesional, ni la formación suficiente para brindarle una información completa, veraz y suficiente de las consecuencias de su decisión; que, en ningún momento le explicaron los riesgos del traslado de régimen pensional, no le advirtieron que su pensión podría ser inferior que en el RPM o que, eventualmente, no se pensionaría, por cuanto el capital ahorrado sería insuficiente para acceder a ese derecho; que, no se le explicaron las modalidades de pensión, nunca le advirtieron que su bono pensional sería negociado, no le informaron la posibilidad que tenía de retractarse; que, PROTECCION S.A., realizó una proyección de su posible mesada pensional, determinando que ascendería a la suma de \$995.578, mientras que en el RPM, la misma sería de \$2.365.267 aproximadamente. Que, le solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente (fls. 4-29 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 111-139 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION S.A., buena fe por parte de la AFP PROTECCION S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la excepción genérica (fls. 176-191 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de diciembre de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante al RAIS, a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., el 19 de junio de 1996; ordenó a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM, incluyendo todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales; valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados; igualmente, ordenó a COLPENSIONES recibir, sin solución de continuidad, como afiliada al RPM, a la demandante, desde su afiliación inicial al ISS. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las Administradoras demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, en el presente caso, no obra ningún medio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente, respecto a que COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A., al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, le hubiese suministrado

la información cierta, clara, suficiente, comprensible y detallada, respecto de las consecuencias que le traería a su futuro pensional, esa decisión de trasladarse a una Administradora privada de pensiones, situación que constituye una flagrante omisión a su deber de información; que, no se aportó por parte de PROTECCION S.A., prueba de la información que se le brindó a la demandante, ni de los conocimientos, que, en temas pensionales, tenía el asesor, que tramitó la vinculación de la actora, siendo que la AFP, era la parte que estaba en mejor posición de probar, lo que alegó desde su escrito de contestación; que, el formulario de afiliación, no constituye un medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar que a la demandante, se le proporcionó la información adecuada, veraz y requerida para su traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de COLPENSIONES y PROTECCION S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, dentro del proceso no quedó demostrado que se presentada la presencia de algún vicio del consentimiento, de los consagrados en el artículo 1740 del CC., esto es, el error, la fuerza o el dolo; que, se trató de un error, frente a un punto de derecho, que no tiene la fuerza suficiente para conducir a la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional; que, el Regimen del Consumidor Financiero, también contempla obligaciones a cargo de los afiliados y mal puede pretender la actora, que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, solo porque el valor de la mesada pensional, no cumplió con sus expectativas o aspiraciones económicas, debiendo someterse a las condiciones del régimen pensional por el cual optó, como lo admitió al firmar el formulario de afiliación; que, debe tenerse en cuenta la descapitalización del Sistema Pensional, ya que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de esa Administradora, no es admisible, que personas que no contribuyeron al RPM, llegan en ultimo momento a beneficiarse de un ahorro comunitario y de una pensión, cuyo pago desfinanciaría el Sistema Pensional.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, por su parte, manifestó que, su recurso era parcial y sólo en contra de la orden de la devolución de los gastos de administración, ya que, tanto en el RPM, como en el RAIS, dichos valores se destinan para pagar la comisión de administración y el seguro previsional, éste último, se paga mes a mes a una aseguradora, para que, en caso de un siniestro por invalidez o sobrevivencia, se cancele la suma de adicional para reconocer una pensión de invalidez o sobrevivencia; que, sólo es procedente la devolución de los aportes y los rendimientos que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin que, reitera, se pueda devolver lo correspondiente a comisión por administración, las cuales ya fueron

causadas, se descontaron conforme a la ley y le corresponden a la AFP, por su buena gestión en el manejo del capital de la actora; que, las sumas correspondientes al seguro previsional, también ya fueron descontadas y canceladas a una aseguradora, por lo que, esa Administradora, no puede recobrarlas a un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la afiliada y PROTECCION S.A.; que, de aplicarse la teoría de las restituciones mutuas, la actora debería devolver los rendimientos y la AFP entregarle las comisiones de administración y, de persistir en dicha orden, se estaría constituyendo a la demandante, en un enriquecimiento sin causa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PROTECCIÓN insistió en la revocatoria de la sentencia en cuanto a la orden de la devolución de gastos porque adelantó una gestión que daba lugar a los mismos. COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Y, la parte actora encuentra que el fallo se ajusta a derecho en cuanto a que los fondos no aportaron las pruebas que demuestren el cumplimiento del deber de información al momento del traslado del régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP COLMENA; iii) si la declaración de ineficacia del traslado de regimen pensional afecta el equilibrio financiero del Sistema Pensional; y, iv) si procede la orden de

devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre

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

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

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala

de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, formulario de solicitud de vinculación a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA AIG, suscrito el 19 de junio de 1996 (fl. 31 y 192 PDF); historia laboral de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 32-40 y 193-201 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 41-44 PDF); solicitud de información y proyección

del valor de la mesada pensional presentada por la actora a PROTECCION S.A., con su correspondiente respuesta (fls. 45-50 PDF); reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES y su respuesta negativa (fls. 51-56 PDF); consulta SIAF (fl. 202 PDF); hoja de vida del asesor comercial que adelantó el trámite de afiliación de la actora a COLMENA AIG (fls. 223-226 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (archivo 02 expediente digital).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, para el año 1996, trabajaba en una empresa que se llamaba Compañía Colombiana de Licencias, tenían una jefe de personal y administrativa, que los citó a una reunión en la sala de juntas, allí les contaron que el Seguro Social, se iba a terminar, pero que, el Gobierno, había aprobado unas Administradoras privadas de pensiones, entonces les presentaron un asesor de COLMENA, quien les informó que iban a tener las mismas garantías que en el ISS, inclusive mejores, les hizo una presentación de la Compañía, y días después les llevaron los formularios para que los firmaran; que, el asesor, también les indico en la reunión grupal, que el capital de estas Administradoras, no era del Gobierno, sino que iba a estar en un fondo privado; que, PROTECCION S.A., no le informó antes de los 47 años de edad, la posibilidad que tenia de retornar al RPM, y ella sólo se enteró su realidad pensional, hace 2 años, se acercaba la edad para pensionarse, fue a PROTECCION S.A., y averiguó realmente las condiciones del RAIS, que posiblemente el valor de su mesada pensional seria de \$800.000 o \$900.000 mensuales, mientras que en COLPENSIONES, sería aproximadamente de \$2.000.000; que, suscribió el formulario de traslado al RAIS, de buena fe, sin ninguna presión, pero con un total desconocimiento de las consecuencias de su decisión; que, hasta el año 2000, cuando trabajó para la Compañía Colombiana de Licencias, recibía un sobre, con un documento donde le indicaban que su empleador había realizado los aportes a pensión, el valor de los mismos y el total ahorrado, pero nada se le indicaba sobre el posible valor de su mesada pensional, después, no volvió a recibir nada, ni físico, ni por correo electrónico; que, su intención es regresar al COLPENSIONES, para recibir una pensión digna, y una mejor atención porque PROTECCION S.A., no le brindó ni al momento de su traslado, ni con posterioridad la información real y oportuna acerca de sus condiciones para pensionarse; que, al momento de su traslado, no le informaran qué pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento, tampoco le hablaron de la posibilidad de realizar aportes adicionales.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ANA MARÍA VARGAS REYES, asesoría suficiente

en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Aclarando igualmente la Sala, que, el conocimiento que de forma general manifestó tener la demandante acerca de las características del RAIS, no constituye una confesión en su contra, ni es plena prueba suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la PROTECCION S.A., ya que, como quedó demostrado, dicha AFP, no se le brindó a la actora, una asesoría personalizada, donde teniendo en cuenta sus condiciones particulares edad, semanas cotizadas, núcleo familiar, entre otras, se le explicara la conveniencia o no de efectuar el traslado del régimen pensional.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese

podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A., el 19 de junio de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de diciembre de 2020, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANA MARÍA VARGAS REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

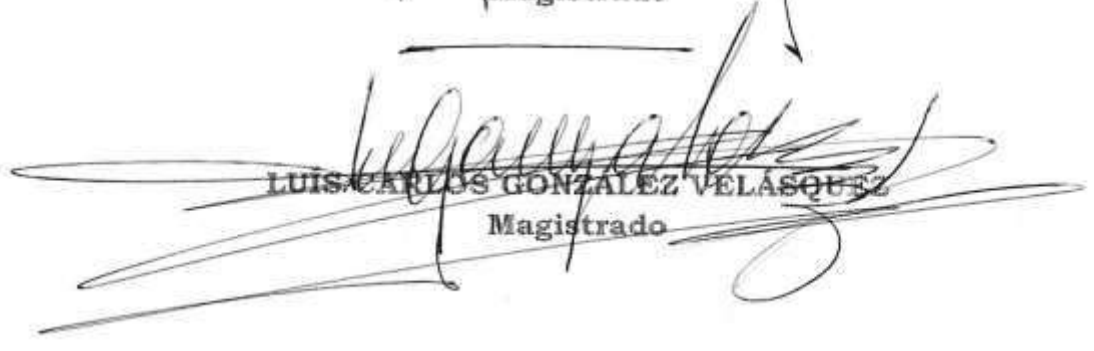
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105025201500172-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Devolución de Saldos – Bono Pensional tipo A.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contra la sentencia proferida el 05 de marzo de 2021, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARÍA ELENA MENESES ARIZA** en contra **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

MARÍA ELENA MENESES ARIZA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., para que, se declare y ordene la devolución de saldos por vejez, según contrato 700000017223, correspondientes a 437 semanas cotizadas a esa Administradora; que, se ordene el pago de intereses corrientes sobre las sumas que se condenen, junto con su indexación, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se encuentra afiliada a OLD MUTUAL, desde el 24 de junio de 1995, en virtud de su relación laboral como educadora, con distintas entidades privadas, cotizando un total de 437 semanas; que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución No. 6803 del 31 de diciembre de 2010, le reconoció pensión vitalicia de jubilación por sus servicios como docente oficial, vinculada al Distrito, en virtud de las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989.

Que, en virtud de lo anterior, el 10 de octubre de 2011, presentó ante la AFP

demandada, solicitud de devolución de saldos; que, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 08 de noviembre de 2011, le dio respuesta a su petición, informándole que los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual no eran suficientes para financiar una pensión acorde con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y que, el bono pensional a esa fecha se encontraba en liquidación; que, el 06 de noviembre de 2012, reiteró la petición para la devolución de saldos, que le fue negada el 05 de diciembre de 2012, argumentando que ella se encontraba pensionada por CAJANAL, lo cual no es cierto; y que, al recibir dicha pensión, debía entenderse que se retractó de su afiliación al RAIS.

Refirió que, interpuso acción de tutela, el 20 de marzo de 2013, para obtener la devolución de saldos pretendida, pero se le indicó en el fallo de la misma que el procedimiento para su cobro era a través del proceso ordinario laboral de Primera Instancia (fls.4-10 y 45-50).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, dio respuesta con escrito visible a folios 66 a 71, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; de los hechos dijo no ser ciertos o no constarle; aclarando que, el 28 de julio de 2015, se le informó a la demandante, que era viable la devolución de los saldos solicitados, previo el cumplimiento de unos requisitos, señalados en la misma comunicación, pues, su afiliación a esa Administradora, era completamente válida. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y las demás que resulten probadas en el proceso y puedan ser declaradas de oficio por el Juez de Instancia.

Por auto del 29 de noviembre de 2016, el a-quo, ordenó la integración al proceso, como litisconsorte necesario, de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fl. 88); la que, notificada en debida forma, no presentó escrito alguno al respecto, por lo que, se tuvo por no contestada la demanda, el 30 de octubre de 2019 (fls. 104-106).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 05 de marzo de 2021, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandada, debe reconocer, liquidar y cancelar a la demandante, la devolución de saldos por vejez, por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 1980 hasta el 30 de junio de 1992, por el cual sumó 437 semanas cotizadas, en el bono tipo A y conforme al contrato No. 70000017223, donde se reportaron tanto el capital de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos financieros, para un total de 635,71 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, en el

RAIS; condenó a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a pagar a la señora MARÍA ELENA MENESES ARIZA, \$111.376.652 por concepto de devoluciones de saldos, suma que deberá ser actualizada y capitalizada, por cada concepto, al momento del pago; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones de la demanda; absolvió a los vinculados Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; condenó en costas a OLD MUTUAL.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la demandada OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., indicó que, para que proceda la devolución de saldos, respecto al bono pensional, el mismo debe ser emitido, liquidado y redimido por la Oficina de Bonos Pensionales, pues, dichos dineros no han sido remitidos por el Ministerio de Hacienda a esa AFP, luego entonces, no es posible ordenar la devolución de unos dineros que no han ingresado a la cuenta de ahorro individual de la demandante; que, esa Administradora, no se opone a la devolución de saldos, pero siempre y cuando se ordene, previamente a la OBP, redimir el bono pensional, pues, hasta tanto se refleje ese dinero en la cuenta de ahorro individual de la actora, no se podría realizar la devolución ordenada; que, los rendimientos y capitalización generada a favor de la actora, en su cuenta, con corte a 04 de marzo de 2021, ascienden sólo a la suma de \$56.441.843, valor inferior al ordenado por el a-quo, en consecuencia, solicita que, en Segunda Instancia, se modifique la condena correspondiente por dicho concepto; que, esa AFP, siempre ha actuado de buena fe, a tal punto que en el año 2015, le manifestó a la actora que, era procedente la devolución de saldos, requiriéndola para que presentara la documentación respectiva, siempre y cuando ingrese a la cuenta de ahorro individual el valor del bono pensional, por lo que resulta desproporcionada la condena en costas, que deben ajustarse a las actuaciones procesales y al debate probatorio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar i) si para que proceda la devolución de saldos ordenada, es necesario, ordenar a la NACIÓN –

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, que, previamente emita, liquide y redima el bono Pensional Tipo A, a favor de la actora; *ii)* si se debe modificar el valor de la condena por concepto de devolución de saldos, acorde a lo efectivamente reportado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para marzo de 2021, fecha de la sentencia de Primer Grado; y, *iii)*, si se debe ajustar la suma de las agencias en derecho impuestas a la demandada.

DE LA POSIBILIDAD DE ORDENAR A LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES LA EMISIÓN, LIQUIDACIÓN Y REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL TIPO A

No fue objeto de inconformidad en la alzada, que procede la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., esto es, capital, rendimientos y bono pensional, por tratarse de cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, por diferentes empleadores del sector privado; y que, no resulta incompatible con la pensión de jubilación reconocida a su favor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber prestado servicios como Docente oficial vinculada al Distrito.

Pese a lo anterior, manifestó la demandada, en su recurso de apelación, la imposibilidad de dar cumplimiento a la orden impartida por el a-quo, hasta tanto la Oficina de Bonos Pensionales de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no emita, liquide y ordene la redención del bono pensional tipo A, a que tiene derecho la actora, por los aportes efectuados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que solicitó que se ordenara a esa Entidad, adelantar el trámite correspondiente.

Pues bien, no desconoce esta Sala, que, conforme a lo establecido en los artículos 14 y 16 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 3798 de 2003, la Nación tiene a su cargo, la emisión de los bonos pensionales “...con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1o. de abril de 1994...”. Sin embargo, en el presente caso, dicho Ministerio, no fe vinculado al proceso, por lo que, mal podría emitirse condena alguna en su contra, sin que éste haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa. Además, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, “son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma **eficiente, eficaz y oportuna** todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados” (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 20 del mismo Decreto, respecto a la emisión y pago de los bonos pensionales, indica que:

“ARTICULO 20. Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.

Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión.”

Así pues, las Administradoras de fondos de pensiones, están en la obligación de adelantar todas las gestiones posibles a su cargo, para reconstruir la historia laboral de sus afiliados; deber que surge desde el momento en que se hace efectiva la afiliación del trabajador y no cuando éste presenta la reclamación de un derecho pensional.

En el presente caso, efectuada por la demandante, la solicitud de devolución de saldos, la AFP accionada, estaba en la obligación de reconstruir la historia laboral para bono pensional; sin embargo, se limitó a negarle el derecho a la actora, alegando la incompatibilidad de esa prestación con la pensión de jubilación otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como se lo hizo saber en comunicación del 06 de diciembre de 2012 (fls. 21-28), pese a que, el 08 de noviembre de 2011, ya le había informado que “su bono pensional actualmente se encuentra en liquidación”, requiriendo la firma de algunos documentos para la devolución de saldos, que “depende de la culminación del trámite de su bono pensional”.

Teniendo en cuenta lo anterior, como ya se indicó, la Administradora demandada, debió adelantar de manera oportuna las gestiones necesarias, para que, en caso de surgir el derecho pensional, éste se hubiese materializado, sin imponer a la demandante, cargas administrativas, que no son su responsabilidad; de ahí que, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., está en la obligación de gestionar ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el bono pensional Tipo A, de la demandante, y proceder al cumplimiento de la condena impuesta, sin que pueda justificar su incumplimiento en hechos de terceros, que, se reitera, no fueron vinculados al proceso y respecto de quienes no se puede emitir ninguna orden.

En relación con la modificación del valor de la condena, que, según la AFP demandada, para el 04 de marzo de 2021, sólo ascendía a la suma de \$56.441.843, por concepto de capital y rendimientos, considera la Sala, que, tampoco resulta procedente su reforma, pues, el a-quo, claramente explicó en la parte motiva de su decisión, que, los \$111.376.652, no sólo correspondían al saldo del capital y rendimientos probados en el proceso, conforme al estado de cuenta aportado por la misma accionada (fls. 73-77), sino también al valor del bono pensional, actualizado y capitalizado a la fecha de la sentencia; además, tampoco puede variarse la condena impuesta, con el simple dicho de OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., respecto a que el saldo de la cuenta de ahorro individual de la actora, es de \$56.441.843, pues, a dicha suma, sólo se refirió en el recurso de apelación, sin que obre en el plenario prueba alguna al respecto, que así lo demuestre.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberán manifestar las inconformidades que tengan al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 05 de marzo de 2021, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **MARÍA ELENA MENESES ARIZA** en contra del **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

SALVO VOTO



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028201900173 01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: RELIQUIDACION IBL – Toda la vida laboral.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida el 17 de junio de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALFONSO LINDARTE RIVERA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES., no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS FUENTES, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 69-71).

ANTECEDENTES

ALFONSO LINDARTE RIVERA promueve demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que sea condenada a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el valor real de las cotizaciones realizadas en toda su vida laboral, conforme el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad, diferencias que ha de cancelar junto con los incrementos debidamente indexados causados desde la fecha de reconocimiento de la pensión; y en consecuencia, se reajuste el monto de la primera mesada pensional, condenando a lo que resulte ultra y extrapetita y a las costas del proceso

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, laboró desde el 15 de enero de 1969 hasta el 31 de agosto de 2012, cuyos empleadores cotizaron al ISS hoy COLPENSIONES; el ISS le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 016853 del 27 de febrero de 2013, calculando el IBL con base en el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de cotización y al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990; cotizó en total 2.120 semanas; el 17 de abril de 2018 solicitó la reliquidación de su pensión a fin de que el IBL se calculara sobre la base de todo lo cotizado durante toda su vida laboral, pero la misma le fue negada con Resolución No. SUB 109432 del 24 de abril de 2018, sin aplicar la norma más favorable (fls 2-12).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación en escrito de folios 40-428, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, precisando que los actos administrativos se encontraron ajustados a derecho; y, propuso las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción parcial y/o total sobre las mesadas pensionales

y otros, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de junio de 2020, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, decidió absolver a la demanda de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas al demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000.00

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la improcedencia de la reliquidación del IBL sobre lo cotizado durante toda la vida laboral teniendo en cuenta el principio de favorabilidad.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo indicado en el libelo genitor, el mismo se centra en determinar si hay o no lugar a la reliquidación de la pensión del demandante teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES reconoció al señor ALFONSO LINDARTE RIVERA pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía inicial de \$3.456.991, efectiva a partir del 1° de marzo de 2013, la cual se basó en 1.791 semanas de cotización con un IBL de \$3.841.101, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90%, circunstancias que igualmente se corroboran con la forma asertiva como se contestó la demanda, la Resolución GNR 016853 del 27 de febrero de 2013 (fls 13-15) y el expediente administrativo contenido en el CD de folio 39 del informativo.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN Y DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (1° de abril de 1994), al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

Bajo tal entendido, como al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), en tanto satisfizo el requisito de la edad el 10 de agosto de 2012, y que de acuerdo a resumen de semanas cotizadas obrante de folios 28 a 32 así como al expediente administrativo que consta en el CD

de folio 39, cotizó un total de **2.149.57** semanas, indudablemente su IBL podía calcularse bien con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o con el de toda su vida laboral, resultándole más favorable la concedida por COLPENSIONES liquidada sobre los últimos diez (10) años, por corresponder a la suma de **\$3.456.991.00**, mientras que con el de toda la vida su mesada pensional ascendería, tan sólo, a la suma de **\$2.858.444.66.00**, conforme se advierte en la liquidación adjunta practicada por esta Corporación, la cual hace parte integral de esta providencia.

Total días	15047	Total devengado actualizado a:	2013	\$ 1.593.000.622
Total semanas	2149,57	Ingreso Base Liquidación		\$ 3.176.049,62
Total Años	41,45	Porcentaje aplicado		90%
		Primera mesada		\$ 2.858.444,66
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2013	\$ 589.500,00

Por lo anterior es del caso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia al no asistirle derecho al demandante a la reliquidación de su primera mesada pensional por encontrarse ajustada a derecho la que le fuera otorgada por COLPENSIONES.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALFONSO LINDARTE RIVERA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES, conforme a los razonamientos expresados por la Sala en la parte motiva de esta providencia.

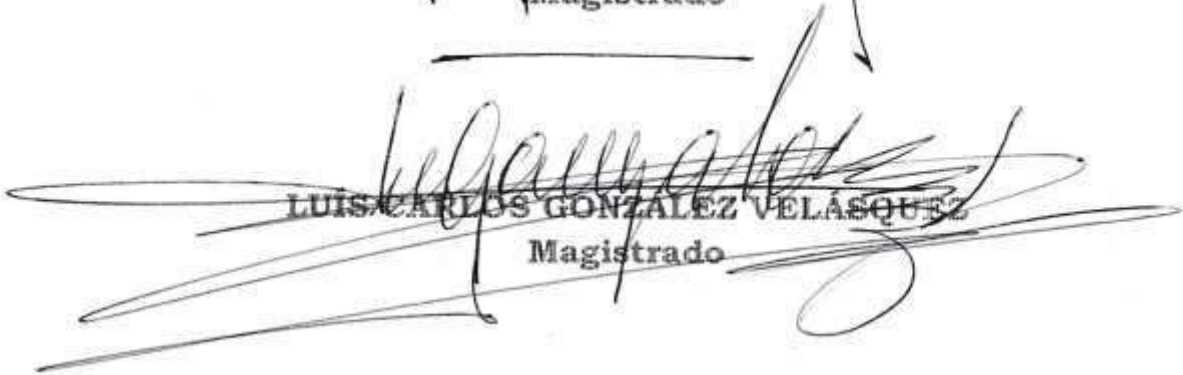
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039201900191-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 29 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIANA GARCÍA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA conforme documental de folios 06 – 07.

ANTECEDENTES

LILIANA GARCÍA RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, efectuado mediante afiliación a COLFONDOS S.A., por indebida, incompleta y engañosa información, lo que generó un error, que vició su consentimiento; en consecuencia, se debe condenar a COLFONDOS S.A., a registrar en su sistema de información, su no vinculación o afiliación al RAIS; que, se

condene a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en su cuenta de ahorro individual; que, se condene a COLPENSIONES, a registrar y activar su afiliación en el RPM, y, actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho, acorde a las condenas que resulten en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 11 de marzo de 1963; que, el 09 de febrero de 1985, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, donde permaneció cotizando hasta el 06 de septiembre de 2000, cuando se trasladó al RAIS, por afiliación efectuada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, sin que dicha Administradora, le suministrara al momento de su cambio de régimen, el texto de Reglamento de la AFP, ni su respectivo plan pensional; menos aún se le informó acerca de las implicaciones que tendría esa decisión en su futuro pensional, las condiciones del RAIS, para el disfrute del derecho pensional.

Refiere que, COLFONDOS S.A., no le advirtió las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, precisando los beneficios e inconvenientes del traslado; que, nada se informó acerca de la posibilidad que tendría de retornar al RPM, antes de cumplir los 47 años edad, incumpliendo con su deber de buen consejo; que, COLFONDOS S.A., recientemente, le elaboró una proyección pensional, concluyendo que al cumplir los 57 años de edad, en el RAIS, no recibiría pensión alguna, mientras que en RPM, aproximadamente le correspondería una mesada pensional de \$1.458.218, por lo que, de permanecer en el RAIS, estaría sufriendo un detrimento económico incommensurable, por la pérdida de su prestación pensional vitalicia.

Que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo una respuesta negativa al respecto (archivo 01 Exp. Digital).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de

costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (archivos 03 y 05 Exp.Digital).

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 03 Exp. Digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de enero de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo la demandante al RAIS, con efectividad a partir del 01 de noviembre de 2000, es ineficaz, y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, entendiéndose que la actora jamás se separó del RPM; condenó a COLFONDOS S.A., a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, debidamente indexadas al momento de su pago, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez, sobrevivientes o cualquier otro concepto causado en detrimento de la demandante; ordenó a COLPENSIONES, recibir los recursos y reactivar la afiliación de la demandante, al RPM, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; informándole a COLPENSIONES, que tiene las actuaciones respectivas para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de COLFONDOS S.A.; condenando en costas a esta última administradora.

Para llegar a esa decisión, consideró el Juez de Primera Instancia, que, dentro del plenario, las demandadas, no llegaron a ningún elemento probatorio, que permitiera avizorar al Despacho, que en el momento del traslado de régimen pensional, al demandante, dio la información requerida, conforme lo señalaba la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993; siendo deber de COLFONDOS S.A., explicarle de manera detallada en qué consistía ese régimen, pues, para aquel entonces era un sistema muy joven y estaban obligados a informar todas las ventajas y desventajas; por lo que, al no ser diligente al momento de convencer al actor, de trasladarse se torna ineficaz dicha decisión, más aún cuando tampoco se puede extraer del formulario de afiliación, cuál fue la información que se le proporcionó al demandante, para que una vez conocida, éste pudiera optar por la mejor opción pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, manifestó su inconformidad, con la condena relacionada con la devolución de gastos de primas de la aseguradora, pues, estos se realizaron por disposición legal, sin que estos recursos se encuentran en poder esa Administradora, y nada se dijo en la fijación del litigio respecto a la devolución de dineros en poder de terceros que no fueron vinculados al proceso; que, la actora, durante su vinculación al RAIS, siempre estuvo amparada por los riesgos de invalidez y muerte,

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicitó que se revoqué la decisión de Primera Instancia, pues, la demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal de retornar al RPM, pues, está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; que, dentro del expediente no existe prueba alguna de un vicio del consentimiento y que la demandante haya actuado viciada por error, fuerza o dolo; que, en cuanto al deber de información, se imponen requisitos que no estaban previstos en la ley, al momento de traslado de la demandante, y mal pueden tomarse decisiones basadas en supuestos; que, si bien existe un deber de información por parte de las AFP, la actora, también debió asistir al momento de su traslado de régimen debidamente ilustrada respecto a las implicaciones que traería para ella, dicho cambio; que, admitir el traslado de la demandante, implica un perjuicio para la entidad, que deberá reconocerle un beneficio pensional, a quien nunca contribuyó para ese régimen; que, la demandante, no probó los perjuicios que le ocasionaría permanecer en el RAIS; que, en caso de no ser revocada la decisión apelada, pide se condicione el cumplimiento de la misma, hasta tanto la AFP, reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante, en las respectivas bases de datos; finalmente, solicitó se exonere de la condena en costas, por no haber participado en el acto jurídico que se presume ineficaz o nulo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita se confirme el fallo, toda vez que al momento de la afiliación no se le informó a la demandante las implicaciones del traslado de régimen.

Entre tanto Colfondos peticiona se revoque el fallo debido a que todas las entidades que administren fondos de pensiones están legalmente facultadas para cobrar a sus afiliados por el manejo de aportes que realicen las administradoras., Colpensiones insiste en que se revoque el fallo, ya que en el presente caso no existe prueba que permite acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; iii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iv) si procede la orden de devolución de las sumas descontadas por COLFONDOS S.A., para cubrir los seguros de invalidez y muerte; y iv) si se debe o no imponer condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección es libre, siendo que una vez hecha ésta, el afiliado, tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados, en atención al deber de información profesional, pues, deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de

acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones, se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este sentido, al plenario se allegaron como pruebas, formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y Pensiones Obligatorias COLFONDOS, de fecha 06 de septiembre de 2000 (fl. 35 PDF 01); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 36-39 PDF 01); historia laboral válida para bono pensional (fls. 40-43 PDF 01); historia laboral Fondo de Pensiones Obligatorias COLFONDOS (fls.44-48 PDF 01); solicitudes de nulidad del traslado al RAIS, presentada ante las demandadas y sus correspondientes respuestas negativas (fls. 49-80 PDF 01); consulta SIAF (fls. 122-123 PDF 03).

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte, la demandante, manifestó que, en septiembre del año 2000, ella trabajaba en la fábrica de productos RAMO, allí se presentaron varios promotores de Administradoras de pensiones, a ofrecer el traslado a los trabajadores, argumentando que lo menor en ese momento era pasarse, porque el Seguro Social se iba a acabar y allí podrían pensionarse con un mejor valor; que, la reunión fue grupal, duró 15 o 20 minutos y nos les dieron mayores detalles, no le indicaron nada acerca de rendimientos, ni que su pensión podría ser heredada por sus beneficiarios, tampoco le hizo un comparativo del valor de su posible mesada pensional en uno y otro régimen; que, con posterioridad no se acercó a ninguna oficina de COLFONDOS S.A., para indagar, porque confió en la información dada por los asesores; que, leyó el formulario, pero el asesor lo diligenció y ella lo firmó; que, recibe extractos de COLFONDOS S.A., pero no los entiende.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A., estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho Administradora, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LILIANA GARCÍA RODRÍGUEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación

implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho y no de derecho, cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a COLFONDOS S.A. CESANTIAS Y PENSIONES, el 06 de septiembre de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, dado que COLFONDOS S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a esa Administradora encaminada a restituir no solo el capital y

rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también las cuotas destinadas al seguro de invalidez y muerte, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”* (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte, en relación con lo manifestado por la apoderada de COLPENSIONES, en su recurso, acerca de la adición de la sentencia de Primera Instancia, considera la Sala, que a la luz de establecido en el artículo 287 del CGP, no advierte, que, la decisión objeto de alzada, haya omitido resolver *“cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*; además, claro es que, la actualización de la historia laboral de la afiliada, y el trámite para el reconocimiento de cualquier derecho pensional, que debe realizar COLPENSIONES, se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar COLFONDOS S.A.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le relevan de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LILIANA GARCÍA RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y**

CESANTIAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

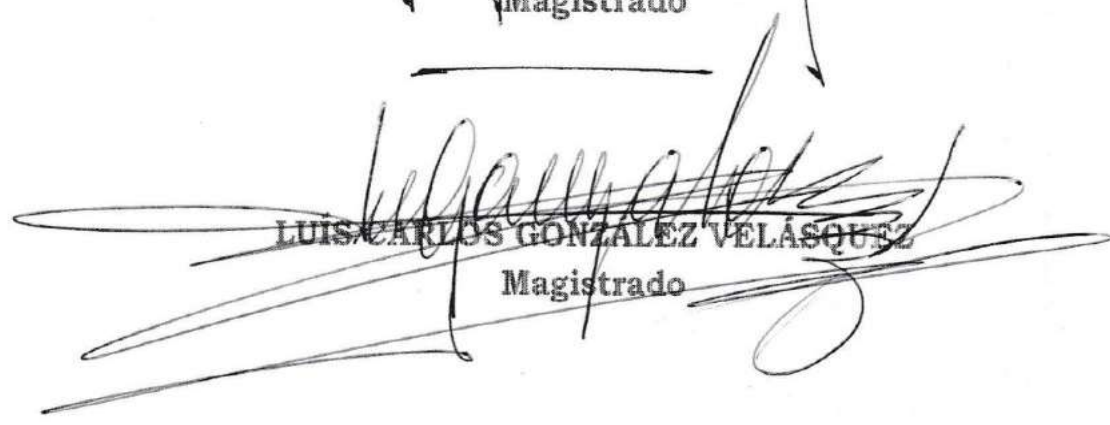
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105039201900205-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas PROTECCION S.A., y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS ANTONIO OSPINA LÓPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIAN VELA y como apoderada sustituta a la doctora ORIANA ESPITIA GARCÍA en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 206-209.

ANTECEDENTES

CARLOS ANTONIO OSPINA LÓPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, se declare que, CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION S.A., lo asesoró equivocadamente al momento de su traslado al RAIS, resultado ineficaz el cambio de régimen pensional; y, en consecuencia, solicita que se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladarlo a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; que, se ordene a COLPENSIONES, a aceptar su traslado; que, se conceda la ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicita que, en caso de no reconocer la ineficacia del traslado pensional, se ordene a PROTECCION S.A., pagarle una mesada pensional igual o equivalente a la que hubiese recibido en COLPENSIONES.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 15 de julio de 1961; que, inició su vida laboral cotizando en el Instituto de Seguros Sociales hasta el 01 de junio de 1994 cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLMENA AFP, y, luego el 26 de octubre de 1998, se cambió a PROTECCION S.A; que su traslado de régimen pensional, se debió a una asesoría basada esencialmente, en ofrecerle una mesada más alta, además de informarle acerca de la liquidación del Seguro Social y la posible pérdida de sus aportes a pensión; sin embargo, PROTECCION S.A., nada le indicó respecto a la posibilidad de retornar al RPM, antes de encontrarse a 10 año o menos de la edad mínima para acceder al derecho pensional; tampoco le realizaron un estudio del valor probable de su pensión, menos aun le explicaron las posibilidades o alternativas de ahorro individual; que el 23 de enero de 2019, solicitó a PROTECCION S.A., un estudio pensional, que recibió el 31 de enero de 2019 advirtiéndole que el mismo no se ajustaba a su realidad, pues, habían elaborado la proyección para una mujer soltera, cuando se trataba de un hombre casado, con dos hijas menores de edad.; y que, en todo caso, la mesada pensional que le correspondería en PROTECCION S.A., no se ajusta a sus ingresos, y, tan solo alcanza el 43% de lo que le correspondería en COLPENSIONES; que, solicitó el traslado de régimen pensional, petición rechazada por COLPENSIONES, mediante comunicación de marzo de 2019 (fls. 4-17 y 71).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, y la innominada o genérica (fls. 78-95).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS (fls. 114-126).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo el demandante al RAIS, el 1 de mayo de 1994, a través de la administradora de fondos de pensiones COLMENA, era ineficaz, y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, entendiéndose que el actor, jamás se separó del RPM; condenando a PROTECCION S.A., a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea sable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes; ordenó a COLPENSIONES, recibir los recursos y reactivar la afiliación del demandante, al RPM, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y, autorizó a COLPENSIONES, para que inicie las actuaciones judiciales para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PROTECCION S.A.; condenando en costas a esta última administradora.

Para llegar a esa decisión, consideró el Juez de Primera Instancia, que, dentro del plenario, las demandadas, no llegaron a ningún elemento probatorio, que permitiera avizorar al Despacho, que en el momento del traslado de régimen pensional, al demandante, dio la información requerida, conforme lo señalaba la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993; siendo deber de PROTECCION S.A., explicarle de manera detallada en qué consistía ese régimen, pues, para aquel entonces era un sistema muy joven y estaban obligados a informar todas las ventajas y desventajas; por lo que, al no ser diligente al momento de convencer al actor, de trasladarse se torna ineficaz dicha decisión, más aún cuando tampoco se puede extraer del formulario de afiliación, cuál fue la información que se le proporcionó al demandante, para que una vez conocida, éste pudiera optar por la mejor opción pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PROTECCION y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, argumentó que, jamás ejerció fuerza sobre el afiliado para que se afiliara a esa Administradora, por lo que, nunca atendió contra el derecho a la elección libre el demandado, por el contrario, le brindó una asesoría espontánea, libre y necesaria; que, el valor probatorio de los formularios, es prueba suficiente de la asesoría e información brindada y en caso de desconocer la suficiencia de dicha prueba, debe tener en cuenta que, el actor, conocía las condiciones del RAIS, a tal punto, que realizó aportes voluntarios, y el hecho de que actualmente lo recuerde si recibió asesoría, no es argumento suficiente para condenar a esa AFP; además, se demostró que para los años 2006, 2011 y 2016, el demandante, recibió reasesorías, cumpliendo con la carga probatoria que le correspondía para acreditar que, en más de una oportunidad, le informó y elaboró proyecciones pensionales al demandante, explicándole las características del RAIS y de la forma en que se elaboraban dichos cálculos; que, no es procedente ordenar la devolución de los valores cancelados por seguro previsional, pues, estos

cancelan mensualmente a una aseguradora, por mandato legal, para que, en caso de existir un siniestro de invalidez o sobrevivencia, ésta procediera al pago de la suma adicional, para el reconocimiento pensional por dichos conceptos, por lo tanto, PROTECCION S.A., estaría imposibilitada recobrar dicho pago a la correspondiente aseguradora, de ahí que, en caso de mantenerse esta condena, tendría que asumirla con cargo a su propio patrimonio, constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante, y, una vulneración al derecho a la igualdad de esa Administradora; solicita que se valore el interrogatorio de parte, absuelto por el actor, donde este refiere el conocimiento profesional que tenía del RAIS; que, tampoco procede la condena por costas, pues, PROTECCION S.A., actuó de buena fe, conforme a la normatividad vigente para la época.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicitó que se revoqué la decisión del a-quo, por resultar improcedente y no cumplir con los requisitos legales para tal declaración, pues, no se encuentran demostrados vicios en el consentimiento, error, fuerza o dolo, o alguna falta de información por parte de PROTECCION S.A., que originara la posterior nulidad o ineficacia del traslado al RAIS; que, el demandante ejerció el derecho al traslado de régimen pensional, sin que se haya ejercido presión o coacción, siendo una decisión libre, espontánea y voluntaria, recibiendo en varias ocasiones asesorías y reasesorías, en donde le informaron con suficiencia las características y condiciones de su cuenta de ahorro individual y, cómo sería su mesada pensional en dicho régimen; que, no se evidencia además, que el demandante, se haya acercado a COLPENSIONES, antes del año 2013, a indagar por la posibilidad de retornar al RPM y corroborar la información brindada por PROTECCION S.A; que, además que, para la fecha de su traslado, en el año 1994, no tenía ni siquiera una mera expectativa pensional; que, no hizo uso de sus obligaciones como consumidor financiero, al escoger su régimen pensional de manera ilustrada, por lo que, debe asumir las consecuencias de su silencio, encontrándose más que superado y prescrita la posibilidad de acceder a la anulación del contrato de afiliación al RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De otro lado, la parte actora encuentra que el fallo se ajusta a derecho en cuanto a que los fondos no aportaron las pruebas que demuestren el cumplimiento del deber de información al momento en que se suscribió el formulario.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) si la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; iii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iv) si el nivel profesional que ostenta el demandante, es argumento suficientemente valido, para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información; v) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa; y vi) si operó el fenómeno de la prescripción, para que el demandante, reclamara la ineficacia del traslado efectuado al RAIS.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección es libre, siendo que una vez hecha ésta, el afiliado, tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si***

en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

En este sentido, al plenario se allegó, solicitud presentada por el demandante ante PROTECCION S.A., para la elaboración de la simulación pensional, con su respectiva respuesta (fls. 19-24 y 170-172); historia laboral PROTECCION S.A. (fls 25-42 y 160-168); formulario solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 26 de octubre de 1998 (fl. 43 y 180); reclamación administrativa presentada en COLPENSIONES y la respuesta negativa a dicha solicitud (fls. 44-45); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 100); reporte estado de cuenta Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCION S.A. (fls. 135-145); consulta SIAF (fl. 146); respuesta PROTECCION S.A., relación aportes voluntarios (fl. 156, 159, 169); liquidación historia laboral para bono pensional (fls. 157-158); formulario asesoría PROTECCION S.A., realizada 09 de mayo de 2013 (fl. 173); histórico de visita a cliente PROTECCION S.A. (fl. 174); liquidación simulación pensional RAIS, PROTECCION S.A. (fl. 175); formularios de reasesoría pensional de fechas 31 de enero de 2006 y 18 de diciembre de 2012 (fls. 176-177); formulario de solicitud de vinculación a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA, diligenciado el 14 de abril de 1994 (fl. 178); contrato fondo de pensiones COLMENA AIG, del 06 de marzo de 1997 (fl. 179); solicitud de vinculación No. 0487 al Plan de alternativas Cerradas PROTECCION S.A., del 09 de mayo de 2006 (fl. 181); histórico de asesorías realizadas al afiliado por parte de PROTECCION S.A. (fls, 182-187); plan de aportes voluntarios PROTECCION S.A. (fl. 189-192).

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de PROTECCION S.A., indicó que, los asesores de esa Administradora, se encuentra capacitados para brindar una asesoría clara, completa y suficiente a las personas que se quieran afiliar, dicha capacitación, tiene una duración de 1 mes aproximadamente, sobre todos los elementos y características que le deben ser informadas a los posibles afiliados, ; que, al actor, se realizaron reasesorías; que, los formularios de afiliación fueron suscritos cuando el demandante, manifestó su voluntad de pertenecer al PROTECCION S.A.

Por su parte, el demandante, manifestó que, para el año 1994, trabajaba en la Federación Nacional de Cafeteros, como auxiliar de telecomunicaciones, los asesores comerciales de las distintas Administradoras de pensiones habían tenido varias reuniones con los jefes de área, donde les explicaron la nueva forma de pensionarse y, posteriormente, los jefes autorizaron a los asesores, para que fueran a los puestos de trabajo, para llevar a cabo las afiliaciones, donde les explicaron que, el Seguro Social, no tendría más continuidad, por temas de corrupción y malos manejos, por lo que, estar en una Administradora privada, seria tener una pensión mejor a la que le podría corresponder en el RPM; que, sólo fue una visita, que duró unos 15 minutos, con la información ya mencionada, el respaldo de COLMENA y la Caja Social, se diligenció el formulario y nada más; que, fue consciente de que se estaba trasladando de régimen pensional, no fue obligado, ni constreñido a hacerlo; dijo no tener presente haber recibido una asesoría cuando se cambió de COLMENA a PROTECCIÓN, simplemente diligenció el formulario; que, los asesores comerciales de PROTECCION S.A., lo visitaban con cierta frecuencia, para tratar el tema de las pensiones voluntarias, pero sólo hasta hace 2 años, él fue quien solicitó una asesoría para saber cuál sería el valor de su mesada pensional; que, se afilió al fondo voluntario de pensiones, para mejorar el valor de su mesada pensional; que, de las reuniones donde se le explicaba la rentabilidad de sus aportes voluntarios, se dejaba una ficha técnica con información netamente financiera, para

tener mejores rendimientos y por ende una mejor mesada pensional; que, solo recuerda la elaboración de una proyección del valor de la pensión en el 2018, pero no recordó que tales cálculos se le hayan realizado años atrás.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho y no de derecho, cuando la AFP COLMENA, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por

cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA, el 14 de abril de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el posterior cambio de Administradora, a PROTECCION S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, tampoco resulta valido el argumento expuesto por las demandadas respecto al nivel profesional que ostenta el demandante, la correspondiente responsabilidad de comportarse como un verdadero consumidor financiero, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta.

Ahora, dado que la apoderada de PROTECCION S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

En relación con la prescripción, que considera la apoderada de COLPENSIONES, operó respecto de cualquier inconformidad del demandante, acerca del negocio jurídico suscrito con la AFP COLMENA, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad PROTECCION S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le relevan de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

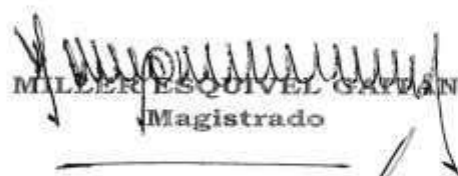
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CARLOS ANTONIO OSPINA LÓPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

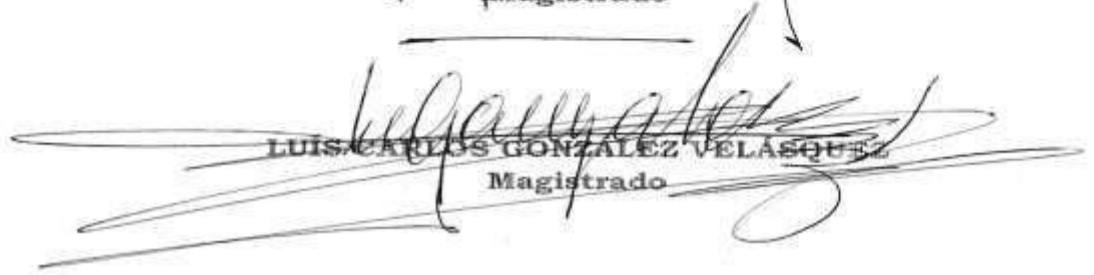
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027201900218-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de abril de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ENRIQUE INFANTE CELY** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta al Doctor DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA en los términos y para los efectos de los poderes a ellos otorgados obrantes a folios 137-140.

ANTECEDENTES

JORGE ENRIQUE INFANTE CELY, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordene a la AFP

PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual , junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; que, se ordene e COLPENSIONES, realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado y recibirlo sin solución de continuidad; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 04 de diciembre de 1959; que, cotizó al ISS, un total de 873.29 semanas, hasta el 01 de abril de 2000, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esa Administradora, ante la nula información respecto al monto y forma como se liquidaría su mesada pensional.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., tampoco le advirtió de la imposibilidad que tenía para retornar al RPM, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho pensional; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, agotando la reclamación correspondiente para iniciar esta acción judicial (fls. 3-10).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad legal de aceptar el traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema pensional, error de hecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (fs. 55-66).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls.101-110).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de abril de 2021, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el

demandante al RAIS; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de actor, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; condenó a COLPENSIONES a tener al demandante, como válidamente afiliado al RPM, como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando a la AFP PORVENIR S.A., al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentado que, no se tuvo en cuenta algunas de las reglas contractuales adquiridas por el demandante, como la obligación legal que tenía el actor, como consumidor financiero, de estar enterado de las condiciones propias del Sistema pensional y retornar al RPM, cuando la ley se lo permitía; que, COLPENSIONES, no puede asumir la responsabilidad, por la mala información que en su momento brindó la AFP demandada, viéndose obligada más adelante a reconocer un derecho pensional, sin determinar de dónde saldrán los recursos; que, para la época en que el demandante, se trasladó al RAIS, no le era exigible a la AFP, documento adicional al formulario de afiliación; que, COLPENSIONES, es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el actor y la AFP PORVENIR S.A., y no puede verse afectado, por el inconformismo en el monto de la pensión, que no constituye causal alguna de nulidad del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido, COLPENSIONES solicitó que se despachen desfavorablemente las súplicas porque el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD debido a su edad, además que no acreditó vicios en el consentimiento, ni tampoco soportó la carga de la prueba que le asistía, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad del afiliado, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados. Por su parte, COLPENSIONES también solicitó la revocatoria porque la afiliada se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD debido a su edad, además que no acreditó vicios en el consentimiento, ni tampoco soportó la carga de la prueba que le asistía, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho

traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse

un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 12-15 y 67-73); certificación traslado régimen pensional expedida por COLPENSIONES (fl. 16 y 75); solicitudes de nulidad de traslado al RAIS, presentadas por el demandante a COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A (fls. 17-21); historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 22-29); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 30-30-31); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl.74); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir, de fecha 11 de febrero de 2000 (fl. 110 reverso).

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JORGE ENRIQUE INFANTE CELY, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su

conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a el actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 11 de febrero de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de abril de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JORGE ENRIQUE INFANTE CELY** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

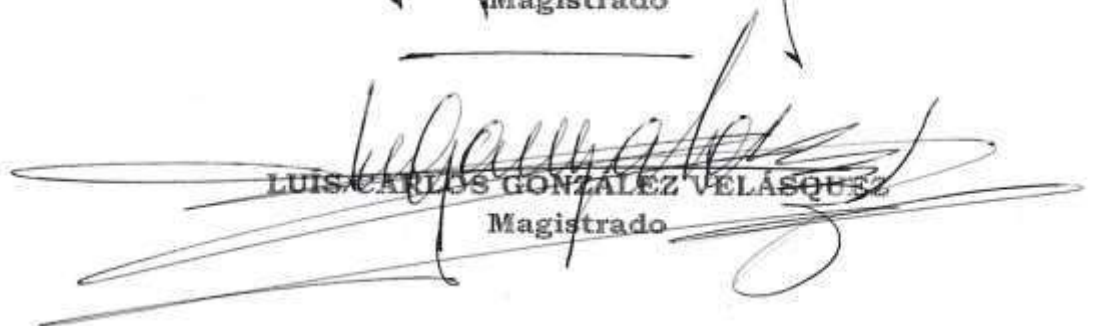
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105031202100220-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Reliquidación pensional – régimen de transición.

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, frente a la sentencia proferida el 17 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario que promovió **ABRAHAM MARTÍNEZ MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

Abraham Martínez Martínez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el fin de que se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ordenando la liquidación y pago conforme dicha disposición; asimismo, el pago de mesadas pensionales, retroactivo a partir de que el actor adquirió el derecho a la pensión, e indexación, y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, que mediante Resolución SUB 205051 de 2018 se le reconoció la pensión de vejez con fundamento en el régimen de prima media con prestación; que debía aplicarse el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues el demandante al 1 de abril de 1994 tenía cotizadas más de 750 semanas, y que, pese a que la entidad demandada ha sido requerida en varias oportunidades para que reliquide y pague en debida forma el retroactivo, mesadas pensionales e indexación, la misma se ha negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, con escrito visible en el ítem del expediente digital, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo el relacionado con que el demandante es beneficiario del régimen de transición. Propuso la excepción previa de pleito pendiente, y como de fondo las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. mediante sentencia proferida el 17 de enero de 2022, dispuso absolver a la demandada Colpensiones de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, condenando a la parte actora en costas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

No habiendo hecho uso del recurso de apelación ninguna de las partes y con fundamento en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., se procederá a absolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante por ser las pretensiones adversas a este.

ALEGACIONES

Una vez vencido el término, tanto la parte actora como la demandada guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

La sala deberá establecer (i) si el demandante era beneficiario del régimen de transición, y en caso afirmativo (ii) si tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional y el pago del retroactivo pensional.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es objeto de discusión que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución SUB 205051 del 1 de agosto de 2018 en cuantía inicial de \$4.738.038, efectiva a partir de la fecha en que se expidió tal resolución. Asimismo, que mediante Resolución SUB 39467 del 14 de febrero de 2019 se dispuso la reliquidación de la pensión de vejez a favor del señor Abraham Martínez.

DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CONFORME AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

Lo primero por mencionar es el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fundamento normativo del cual debemos partir, pues respecto a los hombres indica que deben tener 40 o más años de edad al 1 de abril de 1994 o en su defecto contar con 15 años cotizados al sistema para ser beneficiarios del mismo, así;

*“ARTICULO. 36.- Régimen de transición. **La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.***

***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”** (Negrilla fuera de texto).*

Entonces, no es objeto de controversia que el señor Martínez nació el 5 de julio de 1956, conforme se lee en su cédula de ciudadanía aportada en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, por lo que para el 1° de abril de 1994 no contaba con más de 40 años de edad, razón por la que en principio, no cumplía con el requisito para ser beneficiario del régimen de transición, sin embargo, tenía más de 750 semanas cotizadas, contando con 890 semanas para dicha data gozando de dicho régimen previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo parágrafo transitorio 4°, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año **2014**.

Revisado lo anterior, se tiene que en principio al señor Martínez le sería aplicable el contenido del Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, el cual establece:

*“**Requisitos de la pensión por vejez.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

***Sesenta (60) o más años de edad si se es varón** o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un*

número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.” (Negrilla fuera de texto).

Sin embargo, y teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición se mantendría hasta el año 2014, y en vista de que el actor cumplió la edad de 60 años tan solo hasta el año 2016, no resulta aplicable dicho beneficio, por lo que resultó acertada la decisión de Colpensiones, al concluir que la norma aplicable sería la Ley 100 de 1993.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Abraham Martínez Martínez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

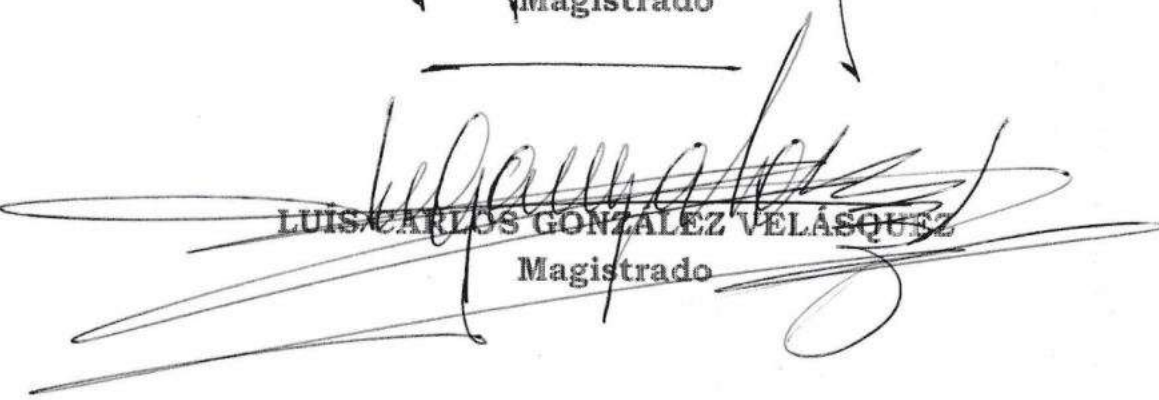
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia por no haberse causado. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105032202000221-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderada de las demandadas PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 13 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FELIX ANTONIO ROYERO CUDRIZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ GAITÁN y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 09 vto a 12.

ANTECEDENTES

FELIX ANTONIO ROYERO CUDRIZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordené a PROTECCION S.A.,

retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiesen recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se causaron y los gastos de administración; que, se ordene a COLPENSIONES, recibirlo en el RPM y mantenerlo como su afiliado, sin solución de continuidad; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 13 de junio de 1964; que estuvo afiliado al RPM, administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, del 25 de octubre de 1994 al 30 de junio de 1997, cuando se encontraba trabajando en SALUDCOOP y asesores de PROTECCION S.A., se presentaron en esa Empresa, para ofrecerles el nuevo régimen pensional, informándoles que, obtendrían beneficios superiores a los del RPM, pero, no le manifestaron qué capital debía acumular para poderse pensionar con esa Administradora; tampoco le advirtieron que, con su capital se realizarían inversiones, no le realizaron una proyección de su mesada pensional, ni le hicieron una comparación entre ambos regímenes.

Refiere que, PROTECCION S.A., realizó una simulación del valor de su mesada pensional, advirtiendo que, a los 62 años, recibiría, en el RAIS, la suma de \$1.015.062, mientras que, en el RPM, ascendería a \$2.044.951; que, presentó ante las demandadas, solicitud de para que se declarara la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo una respuesta desfavorable al respecto. (fls. 2-15 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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 (Archivo No. 5 expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (Archivo No. 7 expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de enero de 2021, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada COLPENSIONES; declaró la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, a través de PROTECCION S.A., de fecha 16 de julio de 1997; condenando a PROTECCION S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante, durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por conceptos de gastos de administración y seguros provisionales; ordenó a COLPENSIONES, recibir al señor FÉLIX ANTONIO ROYERO CUDRIZ, como afiliado al RPM, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen, declarado ineficaz; y, condenó en costas a PROTECCION S.A.

Al respecto, consideró el a-quo, que, de las pruebas allegada al proceso, no hay ninguna que le permitiera determinar que PROTECCION, cumplió con el deber de información, es así como de la documental no se puede extraer cuál fue la información que se le suministró al demandante, al momento de su traslado de régimen; y, en el interrogatorio de parte rendido por éste, no se observa de su dicho que se le hubiera dado o suministrado información acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre uno y otro; que la simple suscripción del formulación de traslado, no es prueba del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso era parcial, y sólo en lo atinente a la devolución de las cuotas de administración, que ya se causaron y descontaron por disposición legal; que, esa Administradora, realizó una

adecuada gestión de los aportes del demandante, reflejada en los rendimientos obtenidos, por lo que, el patrimonio pensional del actor, se aumentó de manera ostensible, razón esta para no devolver los gastos de administración, comoquiera que, esa AFP, puso toda su experticia y profesionales al servicio del señor Royero Cudriz: que, si como consecuencia de la ineficacia declarada en el fallo de Primera Instancia, las cosas se retrotraen a su estado inicial, mal puede devolverse a COLPENSIONES, las cuotas de administración, que el RPM, no generó, lo que produce un detrimento para PROTECCION S.A. y un enriquecimiento sin causa, a favor del accionante y del RPM, donde nunca hubiese obtenido los rendimientos que con la gestión de esa Administradora, ahora se incluyen en su cuenta individual.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, no es dable el retorno del demandante al RPM, pues, en el proceso no se vislumbra ningún vicio del consentimiento, ni tampoco la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez, que el demandante, escogió libremente pertenecer al RAIS, y, permaneció en aquel por más de 15 años, por lo tanto, recibirlo en un régimen donde no realizó ningún aporte, iría en contra de la sostenibilidad financiera del Sistema pensional, dejando en desventaja a las personas que sí han permanecido en el RPM; que, no se logró demostrar la falta de consentimiento informando, estando la carga de la prueba, en cabeza del actor, quien de manera negligente, sólo se preocupó por su situación pensional, cuando ya estaba próximo a cumplir el requisito de la edad mínima requerida, no recurrió antes a COLPENSIONES, y ya se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPM antes de cumplir los 10 años para adquirir el derecho pensiona.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido Colpensiones solicito se revoque el fallo toda vez que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso., entre tanto la parte actora peticiono se mantenga el fallo de primera instancia debido a que, el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación resulta insuficiente

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCION S.A y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) si con dicha decisión se ve

afectada la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece

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

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

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No.

110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Al respecto, al plenario se allegaron, certificación de traslado a otro fondo expedida por COLPENSIONES (fl 76 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 77-79 PDF); historia laboral del demandante, en PROTECCION S.A. (fls. 81-97 PDF); certificación de afiliación a PROTECCION S.A. (fl. 98 PDF); solicitud de proyección del valor de la mesada pensional radicado por el actor, ante PROTECCION S.A. y su

respectiva respuesta (fls. 99-110 PDF); formulario solicitud de vinculación suscrito el 16 de julio de 1997 (fl. 111 PDF); reclamación administrativa y su contestación (fls. 112-121 PDF); historia laboral para bono pensional (fls. 122-123 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (archivo No. 6); resumen cuenta de ahorro individual del demandante (archivo No. 7).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el representante legal de PROTECCION S.A., indicó que, previa autorización de las empresas, esa Administradora, acostumbra a visitar los lugares de trabajo, para brindar asesoría respecto al Sistema pensional colombiano; desconoce si existe un documento que corrobore que esa Administradora, realizó una visita al lugar de trabajo del demandante, en 1997; que, el formulario de afiliación, es el documento que respalda la información brindada al actor, al momento de su traslado de régimen pensional; no le consta, si para el año 1997 PROTECCION S.A., tenía un área específica de cálculo actuarial, pero sí contaba con el personal capacitado para la elaboración de dichas proyecciones; no obstante, para la fecha de traslado del señor FELIX ROYERO, las AFP, no estaban en la obligación de elaborar cálculos actuariales, al momento de traslado de los afiliados, pues, tal deber sólo surgió en los años 2009 y 2016; que, de acuerdo a la capacitación que para la época recibían los asesores de PROTECCION S.A., tenían dentro de sus conocimientos y obligaciones, brindar información frente al Sistema General de Pensiones, incluido el derecho de retractor que les asistía a los afiliados, por lo que, el asesor debió haberle brindado dicha información al demandante; que, para 1997, los asesores de PROTECCION S.A., recibían comisión por las afiliaciones, pero, la misma no se cancelaba sino se demostraba la diligente asesoría frente a los potenciales afiliados, lo cual se corroboraba mediante entrevista directa a los asesores y posteriores llamadas a los afiliados; que para el año 1997, a los asesores de PROTECCION S.A., se les exigía una carrera técnica, pero la Administradora, los capacitaba permanente en temas relacionados con el Sistema General de Pensiones.

Por su parte, el demandante, indicó que, para 1997 comenzó a prestar sus servicios como médico en una nueva Institución, donde les indicaron que debido al cierre del Seguro Social, debían afiliarse a un fondo privado de pensiones, y entre sus asociados estaba PROTECCION S.A.; que, como la empresa, en la que comenzó a trabajar era nueva y el inicio de labores fue inmediato, hubo una afiliación masiva, no fue personalizada, ni tuvo la oportunidad para que le explicaran nada al respecto, sólo se les dijo que iba a ser mejor, porque en esa Administrativa, iban a manejar su propio ahorro, que, con su dinero no le iban a pagar la pensión a otras personas, pero que, básicamente su traslado se produjo porque él necesitaba trabajar, y su afiliación a una AFP, era una de las condiciones impuestas por el empleador; que, la EPS, donde él iba a comenzar a trabajar, tenían que iniciar labores, entonces, les entregaron, a gran parte de los trabajadores, incluido él, el formulario de afiliación, leyeron los datos principales y lo firmaron, pero no

hubo tiempo para haber preguntas, ni resolver dudas, porque todos tenían la necesidad de trabajar; que, su intención es retornar al RPM, porque con la pandemia, tuvo que renunciar a un trabajo para evitar el contacto y cuando se acercó a la AFP, para saber cuál sería el valor de su mesada pensional, le informaron que ésta sería muy baja, en relación con sus ingresos, por lo que no recibiría una pensión digna; que, sí recibió extractos de PROTECCION S.A., donde le informaban el monto del valor ahorrado, pero no más.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 16 de julio de 1997, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

Finalmente, en relación con la inconformidad del apoderado de PROTECCION S.A., en cuanto a la orden de restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, basta indicar que ninguna razón les asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **FELIX ANTONIO ROYERO CUDRIZ** en contra de la **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

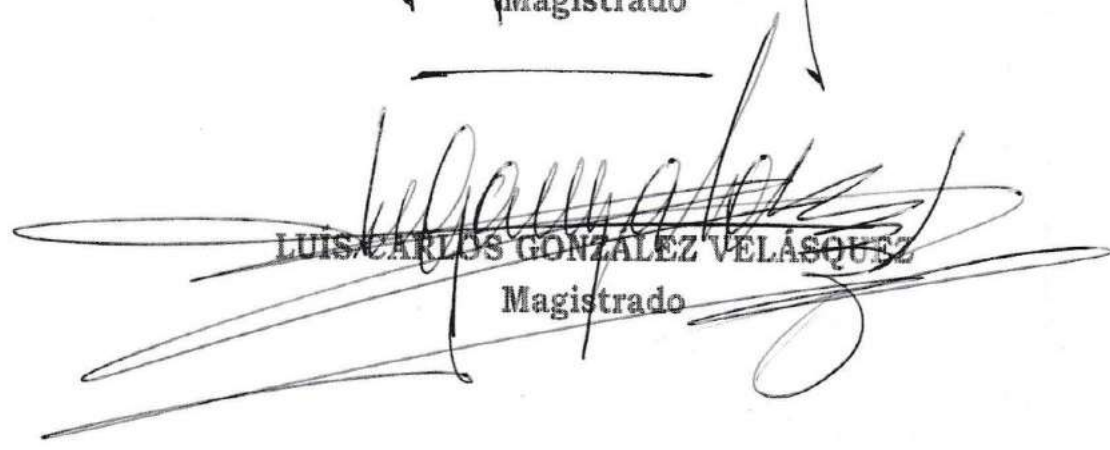
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de la demandada y a favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105024201900249-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Seguridad Social – Indexación de la Primera Mesada Pensional.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NAYIB QUINTANA MONTAGUTH** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**.

ANTECEDENTES

NAYIB QUINTANA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, para que, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional de jubilación, con efectividad a partir del 23 de diciembre de 2001, cuando comenzó el goce de su status de jubilado, junto con el pago de las diferencias de pensión resultantes de la aplicación de la indexación en comento, hasta su inclusión en nómina, sin perjuicio de los reajustes anuales de ley y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que trabajó para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ostentando desde su ingreso y hasta su retiro, la calidad de trabajador oficial, por un total de 22 años, 9 meses, 16 días, hasta el 31 de diciembre de 1994, cuando finalizó su vínculo laboral, estando al servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Que, le fue reconocida pensión de jubilación, a partir del 23 de diciembre de 2001, cuando cumplió los 55 años de edad, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente; no obstante, entre el 31 de diciembre de 1994, fecha de su retiro y, el 23 de diciembre de 2001, cuando se le reconoció el derecho pensional, se produjo una pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que afectó su ingreso pensional (fls. 2-6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**, contestó oportunamente mediante escrito visible a folios 13 a 19, se opuso a todas las pretensiones, pero aceptó la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, advirtiendo que, la pensión de jubilación reconocida al actor, mediante la resolución 12462 de 2002, se indexó de manera oficiosa de conformidad con los IPC de los años 1994 a 2000, como se evidencia en ese mismo documento. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2020, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; condenó en costas al actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la UGPP, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, por encontrarse ajustada a Derecho, teniendo en cuenta que al demandante, le fue reconocida una pensión de vejez por la extinta Caja Nacional de Previsión Nacional, a través de la Resolución No. 12462 de 28 de mayo de 2002, con base en los lineamientos de la Ley 33 de 1985, en su calidad de beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, reconociendo tal prestación de forma indexada de manera oficiosa, tal como es posible vislumbrar en la resolución de reconocimiento, de conformidad con el IPC de cada año desde 1994 hasta 2000; además que, no importa si la pensión fue reconocida con posterioridad a la Constitución Política de 1991, pues al haber sido reconocida con sujeción a los reglamentos del ISS, dichas prestaciones no contemplan la figura de la indexación de la primera mesada.

La parte actora, solicitó que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia la Sala, deberá determinar si le asiste o no derecho al demandante, a que se reajuste el monto de la pensión que actualmente viene devengando con ocasión a la indexación de la primera mesada pensional y sus posteriores reajustes.

DEL STATUS PENSIONAL

No fue materia de controversia por ninguna de las partes la condición de pensionado que ostenta el señor NAYIB QUINTANA MONTAGUTH, la que en todo caso se encuentra plenamente acreditada con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda por la demandada y la copia de la Resolución No. 12462 de 2002, de la que se logra establecer que, al actor, le fue reconocida pensión vitalicia por vejez en cuantía inicial de \$699.149,59, a partir del 23 de diciembre de 2001.

DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Solicitó el demandante, con esta acción, la indexación de su primera mesada pensional, teniendo en cuenta que, entre el 31 de diciembre de 1994, fecha de terminación del vínculo laboral y el 23 de diciembre de 2001, fecha en que inició el goce de la pensión, se produjo una pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que afectó el valor de su mesada pensional.

Al respecto, sea lo primero indicar que, la indexación es la actualización de una obligación dineraria, que busca proteger el poder adquisitivo de los trabajadores y pensionados, frente a fenómenos inflacionarios que afectan el valor de la moneda. Así lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 10 de mayo de 2017, con radicación 49669, en la que indicó:

“...de cara al tema jurídico propuesto, esto es, la actualización del ingreso base de liquidación, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Así las cosas, la tesis de esta Sala, sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991 y su respaldo, se funda en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como lo son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en la aludida sentencia, la Sala asentó su nuevo criterio en los siguientes términos:

De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.

En este orden, al margen de que las pensiones reconocidas a los actores tuvieran fundamento convencional o legal, resultaba procedente la actualización del ingreso base de liquidación...”

Así pues, la indexación de la primera mesada procede sin consideración a su origen o naturaleza, ante el impacto del fenómeno económico de la inflación, teniendo en cuenta el considerable tiempo transcurrido entre la fecha de terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, que evidentemente desmejora su ingreso base de liquidación.

No obstante lo anterior, advierte la Sala, que, en la resolución 12462 de 2002, a través de la cual se le reconoció al actor, la pensión vitalicia de vejez, se indicó que “la liquidación se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 1 año, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 01 de enero de 1994 y el 30 de diciembre de 1994”, ajustando dicho promedio mensual con los IPC desde 1994 y hasta el año 2000, lo que arrojó un IBL de \$932.199,45, al que aplicándole una tasa de reemplazo del 75%, dio como resultado una primera mesada pensional de \$699.149,59.

Ahora, utilizando la fórmula de la indexación de la primera mesada pensional indexada, adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, desde las sentencias con radicación 30602 y 31222, ambas del 13 de diciembre de 2007, obtuvo la Sala, una primera mesada indexada por la suma de \$699.148,59, que resulta inferior a la reconocida por la entidad demandada, así:

Promedio Salarial último año	\$ 320.808
Fecha de Retiro	30-12-1994
Fecha de pensión	23-12-2001
Fórmula	VA= VH x <u>IPC FINAL</u> IPC INICIAL $VA= 320.808 \times \frac{43,270}{14.891}$
Promedio último año Actualizado	\$932.198,12
Porcentaje de la pensión	75%
Valor de la primera mesada	\$699.148,59

En ese orden de ideas, comoquiera que, la primera mesada de la pensión de jubilación otorgada al demandante, fue debidamente indexada al momento de su reconocimiento, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto absolvió a la demandada UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra, razón por la cual, se confirmará la sentencia consultada.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso Ordinario Laboral promovido por **NAYIB QUINTANA MONTAGUTH** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



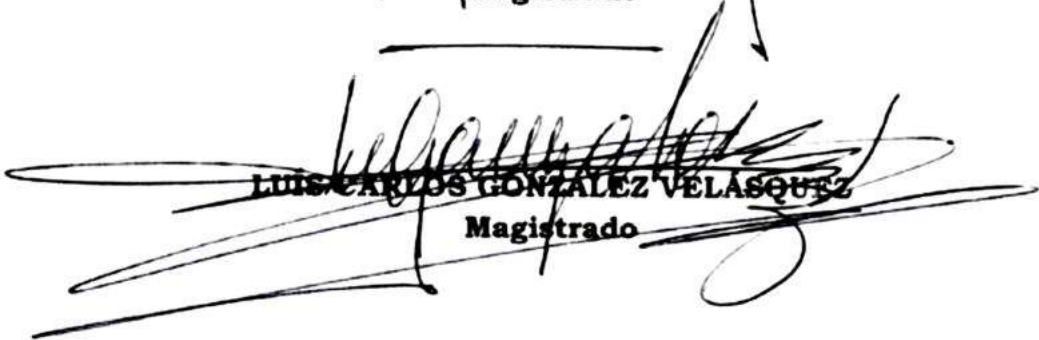
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105037201900251-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Regimen de Transición con 15 años de servicio - Reliquidación Pensión de Vejez – cálculo actuarial a cargo del empleador.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y COMUNICAN S.A., contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JAIME ALFONSO PARRA GARZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** con la vinculación de **COMUNICAN S.A.**

ANTECEDENTES

JAIME ALFONSO PARRA GARZÓN instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se condene a reliquidar y pagar la pensión de vejez y/o jubilación, a partir del 01 de septiembre de 2016, en aplicación al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en su defecto la aplicación del Decreto 758 de 1990, por haber cumplido los requisitos que exige la ley para el reconocimiento prestacional; que, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez, aplicando una tasa de reemplazo del 90% del IBL del salario devengado en los últimos 10 años de servicio o en su defecto según favorabilidad con los factores salariales de toda la vida laboral, por cumplir con más de 1882 semanas, cotizadas de manera exclusiva al ISS; que, se ordene a COLPENSIONES, corregir su historia laboral, según certificación laboral emitida por el empleador CANO ISAZA Y CIA hoy COMUNICAN S.A., en los periodos que van a partir del 17 de diciembre de 1986 hasta el 19 de abril de 1987, aportes que fueron realizados con el número patronal 01-2800350 y el

número de afiliación 93-20439; que, se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el incremento del 14% por cónyuge a cargo de conformidad con el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; que, se ordene a COLPENSIONES, el pago efectivo de las diferencias entre las mesadas pensionales recibidas y las dejadas de pagar, de conformidad con la reliquidación deprecada; que, se condene a COLPENSIONES, a pagar la indexación monetaria y los intereses de mora sobre el retroactivo pensional de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 19 de junio de 1954 y cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, un total de 1882 semanas; que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad y más de 15 años de servicio, siendo beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, mediante resolución GNR 371546 del 16 de octubre de 2014, COLPENSIONES, le negó la pensión de vejez, por considerar que no cumplía los requisitos legales, decisión contra la cual interpuso los recursos de ley y, fue confirmada por las resoluciones GNR 418774 del 05 de diciembre de 2014 y VPB del 18380 del 27 de febrero de 2015.

Indicó que, mediante resolución GNR 257919 del 31 de agosto de 2016, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez, en los términos de la Ley 797 de 2003, aplicando una tasa de reemplazo del 79,83%, sobre un IBL de \$921.026, lo que arrojó una mesada pensional de \$735.255, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2016; cuantía que modificó a través de las resoluciones GNR32293 del 29 de octubre de 2016 y VPB 45694 del 26 de diciembre de 2016, en \$735.708 y \$739.815 respectivamente.

Refirió que, mediante la resolución SUB 220792 del 10 de octubre de 2017, COLPENSIONES, le negó la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con el régimen de transición, sin tener en cuenta la certificación laboral emitida por el empleador CANO ISAZA Y CIA hoy COMUNICAN S.A.

Que, convive hace más de 29 años, de manera ininterrumpida y en unión libre, con la señora NOELIA GIRALDO SALINAS, quien depende económicamente de él, no se encuentra pensionada, nunca ha laborado, pues, se ha dedicado al cuidado de su esposo y a las labores del hogar (fls. 2-14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 58 a 65, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; respecto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con el número de semanas cotizadas por el actor y el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, pues, revisada su historia laboral, para el 1 de abril de 1994 apenas contaba con 734 semanas y no tenía más de 40 años de edad. Propuso las excepciones

de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe.

Por auto de 03 de mayo de 2019, el Juez de Instancia, ordenó la vinculación al proceso de **COMUNICAN S.A.**, quien, notificada en debida forma, presentó oportunamente contestación a la demanda; se opuso a las pretensiones y, en relación con los hechos, dijo no constarle ninguno de ellos, aclarando que, el demandante, prestó sus servicios para esa empresa, antes reconocida con el nombre CANO ISAZA Y CIA, mediante contrato laboral, del 17 de diciembre de 1986 al 19 de abril de 1987, efectuando los correspondientes aportes al Sistema de seguridad Social en Pensión, durante dicho periodo de tiempo. Formuló las excepciones de pago, prescripción extintiva, buena fe y la innominada (fls.83-105).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre el demandante y COMUNICAN S.A., existió un contrato de trabajo entre el 17 de diciembre de 1986 y el 19 de abril de 1987; condenó a COMUNICAN S.A., a pagar a COLPENSIONES, cálculo actuarial a favor del actor, por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 1986 y el 19 de abril de 1987; ordenó a COLPENSIONES, realizar el cálculo actuarial correspondiente a dicho periodo, teniendo en cuenta un IBC equivalente a 1 SMMLV; declaró que el demandante, es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990; condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor JAIME ALFONSO PARRA GARZÓN, la suma de \$4.703.194 por concepto de retroactivo causado por la diferencia de las mesadas pensionales entre el 1 de septiembre de 2016 y el 29 de febrero de 2020, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, fijando como valor de la mesada pensional, para el año 2020, \$977.832, de manera indexada; absolvió a las demandadas, de las demás pretensiones; no impuso condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión los apoderados de COLPENSIONES y COMUNICAN S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLPENSIONES, insistió en que, el demandante, no cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición, ya que, al 1 de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicio y la norma no da un equivalente en semanas, por lo que, matemáticamente, si se analiza, 15 años de servicios cotizados no son 750 semanas, como lo consideró el a-quo, son aproximadamente 782 semanas, para acreditar estos 15 años de

servicios cotizados para 1994, de ahí que, si se sumaran las 17,72 semanas que se incluirían con el pago del cálculo actuarial previo a 1994, el demandante, acreditaría al 1 de abril de 1994 sólo 757,73 semanas, existiendo una diferencia, de aproximadamente 10 o 15 semanas de cotización que no le permitirían el reconocimiento del régimen de transición.

COMUNICAN S.A., señaló que, COLPENSIONES, fue negligente porque jamás adelantó una acción de cobró en contra de esa Sociedad, por los aportes correspondientes al tiempo en que el demandante, laboró para esa empresa; que, con la contestación de la demanda, se allegaron las planillas de pago, con los sellos de recibo del extinto ISS, que no fueron desconocidos por COLPENSIONES y con los que se acredita que los aportes a pensión del actor, sí fueron realizados oportunamente, por lo que no hubo mala fe patronal y debe ser exonerado del pago del cálculo laboral que le impuso el Juez de Primera Instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y el recurso de apelación interpuesto; además, resaltó que, esa entidad mediante resolución GNR 322393 del 29 de octubre de 2016 realizó estudio para el reconocimiento de la reliquidación pensional, incrementando la mesada pensional, pagando el retroactivo correspondiente, operando para el caso en concreto, hecho superado para la pretensión del demandante.

COMUNICAN S.A., igualmente pidió que se revoque la decisión de Primer Grado, reiterando que, COLPENSIONES, jamás los requirió para establecer la evidente discordancia entre las labores desarrolladas por el demandante, al servicio de esa empresa y la ausencia de registro de los aportes realizados; que, las planillas o formularios aportados del plenario, dan cuenta del pago de los aportes a pensión del trabajador, de manera oportuna, los que no fueron controvertidos por COLPENSIONES, ni valorados en debida forma por el a-quo, cuya decisión no se fundamentó en una evaluación jurídica de acuerdo con los criterios de la sana crítica; desconociendo además el principio de la unidad de la prueba.

El demandante, señaló que, le asiste el derecho al reconocimiento pensional a partir del 19 de junio de 2014, toda vez que para dicha fecha ya tenía consolidado el derecho pensional de conformidad al régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que, éste se debió reconocer con la resolución No. GNR 371546 del 16 de octubre de 2014 y no con la resolución No. GNR 257919 del 31 de agosto de 2016, es decir, dos años posteriores aplicando para el reconocimiento pensional la Ley 797 de 2003, por lo que Colpensiones, lo obligó de manera directa, con la negativa del derecho pensional según la resolución mencionada, a seguir cotizando al

sistema de pensiones hasta el 30 de septiembre de 2016, por lo que la pensión fue efectiva a partir del 01 de septiembre de 2016 y no a partir del 19 de junio de 2014, fecha en la cual había cumplido el estatus de pensionado y había solicitado el derecho prestacional, por lo que, Colpensiones es responsable de la negativa del derecho a la pensión vejez a partir del 19 de junio de 2014, ya que como se mencionó él solicitó la corrección de la historia laboral mediante el radicado 2014_4957075 del 25 de junio de 2014, Colpensiones hizo caso omiso a dicha reclamación y se pronunció con la negativa de la pensión obligándolo a seguir cotizando para alcanzar la tan anhelada pensión por vejez.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos, la Sala, deberá determinar *i)* si el demandante, cumple o no con el requisito de los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición; *ii)* si procede la reliquidación de la pensión de vejez, en los términos en que fue reconocida por el a-quo; y, *iii)* si la vinculada COMUNICAN S.A., acreditó el pago de los aportes a pensión a favor del trabajador oportunamente y en consecuencia, no debe cancelar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial ordenado.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN Y LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Insiste la demandada COLPENSIONES, en que el demandante, no cumple con los requisitos legales para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, ni siquiera sumando el tiempo en que esté laboró para CANO ISAZA & CIA hoy COMUNICAN S.A., completaría los 15 años de servicios, requeridos al 01 de abril de 1994, para acceder a este beneficio, tiempo que, equiparado a semanas cotizadas, matemáticamente no corresponde a 750 semanas, sino a un número superior, que no acredita el actor, a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

El régimen de transición, en materia pensional, representa un beneficio legal que se otorga en un tránsito legislativo, para continuar aplicando normas derogadas, aún después de su pérdida de vigencia, a quienes tenían la expectativa de alcanzar su derecho. Está consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

“La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”

Teniendo en cuenta la norma anterior, para acceder al régimen de transición, es necesario que la persona haya estado cobijada por un régimen pensional anterior al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y acreditar la edad de 35 años o más si es mujer o 40 años o más al momento de entrar en vigencia éste, si es hombre. O tener 15 o más años de servicios cotizados, para la misma fecha, 01 de abril de 1994. Cumplido alguno de estos requisitos se respetará *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez”* de la norma anterior, de la cual era beneficiario el afiliado.

En el presente caso, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 49 del expediente, el demandante nació el 19 de junio de 1954, es decir, que, al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tenía 39 años, por lo que, no cumple con el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición de que trata la norma anterior.

Ahora, en cuanto a la posibilidad de tener 15 o más años de servicios cotizados, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la métrica del cómputo de plazos para ser beneficiario de dicho régimen, tiene establecido que 15 años de servicios equivalen a 771,42 semanas cotizadas; así lo indicó esa Corporación en sentencia del 31 de octubre de 2018, con radicación 73411, según la cual:

“....En torno a este último punto, importa a la Corte señalar que no es de recibo el argumento esgrimido por la recurrente de que como para la conservación del régimen de transición se fijaron 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ese solo hecho “nos lleva a inferir que 15 años de servicios cotizados equivalen a 750 semanas”, pues el cálculo efectuado por el Tribunal según el cual 15 años de servicios “equivalen a 771,42 semanas”, está acorde con la métrica que respecto al cómputo de los plazos previstos en la ley ha enseñado esta Corporación, en el sentido de que tales plazos no se miden por los días calendario, sino por términos uniformes de 7, 30 y 360 días, respectivamente, es decir, semanas, meses y anualidades. En efecto, así se pronunció la Corte en sentencia del 25 de marzo de 2015, radicado 53082:

(...) es indiscutible que los plazos previstos en la ley repudian la contabilización de términos sobre el único concepto de ‘día’, dado que los hay de otros órdenes, como son los de semanas, meses y años, con la incidencia de que en tanto los de ‘días’ y de ‘semanas’ son por esencia uniformes --hablando de que los primeros siempre se cuentan en una unidad inferior de tiempo de 24 horas y las segundas de 7 días--, los meses y los años no lo son, dado que los meses lo pueden ser de 28, 29, 30 o 31 días y los años de 365 o 366 días. Tal divergencia se ha superado

teniendo el término del mes como equivalente a 30 días, y por ende, el del año a 360 días (12 x 30)."

Así las cosas, de acuerdo a la historia laboral tradicional, obrante a folios 140 y 141 del expediente, así como del reporte de semanas cotizadas de folios 142 a 147 y CD folio 57, al 01 de abril de 1994, el demandante, acreditaba 740 semanas cotizadas y sumado el tiempo de servicios a CANO ISAZA & CIA hoy COMUNICAN S.A., entre el 17 de diciembre de 1986 y el 19 de abril de 1987, esto es, 4 meses y 2 días, equivalentes a 17,16 semanas, se obtiene un total de 757,16 semanas, insuficientes para acreditar el requisito de los 15 años de servicios o su equivalente 771,42 semanas, requeridos al 01 de abril de 1994, para que el actor, fuera beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, asistiéndole razón a la demandada COLPENSIONES, en este sentido, razón por la cual, se revocaran los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a COLPENSIONES, de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del régimen de transición a favor del demandante y la reliquidación de su pensión de vejez.

DEL CÁLCULO ACTUARIAL A CARGO DE COMUNICAN S.A.

Alega la vinculada al proceso COMUNICAN S.A., que durante el tiempo en que el demandante, prestó sus servicios para esa empresa, canceló oportunamente los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión y, para ello, aportó al plenario los formularios respectivos, con el correspondiente sello de recibo del entonces ISS hoy COLPENSIONES, por lo que, mal puede ser obligado a cancelar un cálculo actuarial, cuando cumplió con sus obligaciones como empleador, en ese sentido.

Al respecto, milita en el plenario certificación laboral expedida por COMUNICAN S.A., de fecha 28 de julio de 2015, donde consta que el señor JAIME ALFONSO PARRA GARZÓN, desempeñó el cargo de auxiliar de mantenimiento, mediante contrato a término indefinido, del 17 de diciembre de 1986 al 19 de abril de 1987, *"Asimismo certificamos que estuvo vinculado laboralmente a nuestra compañía afiliado al INSTITUTO SEGURO SOCIAL "ISS" para pensiones"*, indicando el número patronal y de afiliación a esa Administradora (fl.43); también, allegó esa demandada, los formularios No. 4 - ISS, denominados *"RELACIÓN MENSUAL COMPLETA DE PERSONAL"*, por los ciclos diciembre de 1986 a abril de 1987, donde efectivamente el demandante, se encuentra relacionado como trabajador de CANO ISAZA Y CIA, con número de afiliación, número de cédula, valor del aporte a pensión y el sello de recibo, en cada uno de ellos, del *"I.S.S. SECC. CUNDINAMARCA Y D.E. DIVISION SEGUROS ECONOMICOS SECCION AFILIACIÓN Y REGISTRO"* (fls.107-111).

No obstante, ni en la historia laboral tradicional del ISS, obrante a folios 140 y 141, ni en el reporte de semanas cotizadas por el demandante, allegado por COLPENSIONES (fls. 142-147), se encuentra registro alguno de dicho

empleador, ni menos aún del tiempo servido a éste; así lo indicó COLPENSIONES, en respuestas dadas al demandante, el 29 de septiembre de 2015 y 20 de enero de 2016, informando que *“verificadas las bases de datos de Colpensiones, con la información suministrada no se encuentran registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados 1986/12 a 1987/04 con el empleador CANO ISAZA Y CIA Patronal No. 01002800350; por lo anterior, es necesario que nos suministre documentos probatorios y/o soportes de afiliación tales como: tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, aviso de entrada del trabajador, entre otros, con los cuales se pueda validar el número de afiliación, bajo los cuales se realizaron los pagos para los mencionados ciclos, esta documentación es necesaria para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar”* (fls. 152-153).

Por lo anterior, considera la Sala, que, la vinculada COMUNICAN S.A., sí acreditó el pago oportuno de los aportes a pensión a favor del demandante, como se extrae de los formularios de personal, de diciembre de 1986 a abril de 1987, que fueron radicados ante el ISS, y, mal podría nuevamente imponérsele el pago de dichas cotizaciones, con los reajustes e intereses moratorios que se incluyen en un cálculo actuarial, cuando el empleador, ha sido omiso en el cumplimiento de sus deberes frente al Sistema de Seguridad Social; sin embargo, tampoco puede quedar en la historia laboral del actor, el vacío correspondiente a ese tiempo laborado, por lo que, se revocará el ordinal segundo de la sentencia apelada, absolviendo a COMUNICAN S.A., de la condena impuesta, y en su lugar, se adicionará el ordinal octavo, ordenando a COLPENSIONES, validar en la historia laboral del señor JAIME ALFONSO PARRA GARZÓN, las semanas correspondientes al periodo laborado con el empleador CANO ISAZA Y CIA, identificado con numero patronal 01002800350, NIT. 60007590A, código de afiliación 3020439, del 17 de diciembre de 1986 al 19 de abril de 1987, haciendo los ajustes correspondientes en el valor de la mesada pensional del demandante, al incluir dicho tiempo como efectivamente cotizado.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por la parte demandante COLPENSIONES y la vinculada COMUNICAN S.A.

Sin costas en ambas Instancias.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, **ABSOLVER** a la vinculada COMUNICAN S.A.,

de las condenas impuestas; de acuerdo a las razones expuestas en la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. y, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del regimen de transición a favor del demandante y la reliquidación de su pensión de vejez; conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal octavo a la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. y, **ORDENAR** a COLPENSIONES, validar en la historia laboral del señor JAIME ALFONSO PARRA GARZÓN identificado con cédula de ciudadanía 3.020.439, las semanas correspondientes al periodo laborado con el empleador CANO ISAZA Y CIA, identificado con numero patronal 01002800350, NIT. 60007590A, código de afiliación 3020439, del 17 de diciembre de 1986 al 19 de abril de 1987, haciendo los ajustes correspondientes en el valor de la mesada pensional del demandante; conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

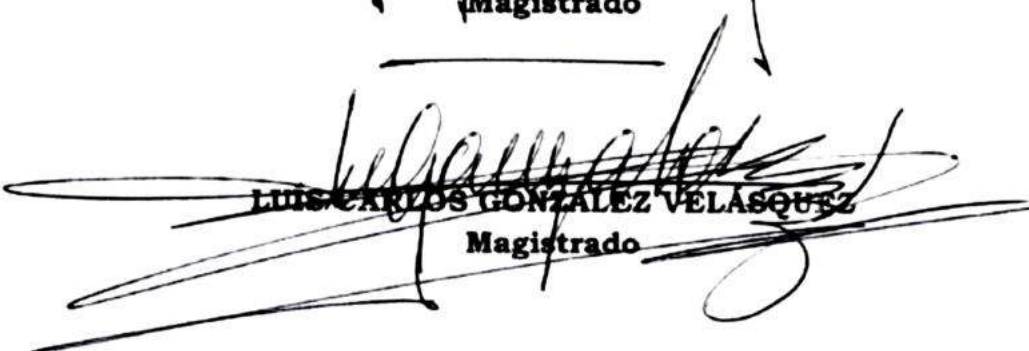
CUARTO: Sin **COSTAS** en ambas Instancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105029201900252 01

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

TEMA: Pensión de vejez – compatibilidad.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes en contra de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2010 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS HUMBERTO RIVERA RODRÍGUEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y en lo no apelado el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Carlos Humberto Rivera Rodríguez promueve demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, con el fin de que se le condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2018; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1 de diciembre de 2018; al pago de las sumas adeudadas debidamente actualizadas; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó nació el 29 de abril de 1956; que prestó servicio a la Policía Nacional desde el 24 de febrero de 1988 hasta el 26 de abril de 2007, habiéndosele reconocido la pensión de jubilación mediante Resolución No. 01783 del 25 de mayo de

2007 por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, habiéndose tenido en cuenta para ello, únicamente los tiempos laborados para dicha entidad.

Asimismo, que laboró en otras entidades públicas y privadas, soportando los descuentos de seguridad social en pensión, habiendo cotizado al ISS un total de 1.713 semanas, equivalentes a 33 años, 3 meses y 21 días.

Refiere que para el 19 de julio de 2011 solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, sin embargo, mediante Resolución 0453 del 16 de febrero de 2012, la misma es negada, argumentando que en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se evidenciaba que ya se encontraba gozando de una pensión por parte de la Policía Nacional, y pese a interponer los recursos a los que había lugar, la decisión fue confirmada.

Que para el 30 de abril de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a Colpensiones, siendo negada mediante Resolución SUB 232811 del 4 de septiembre de 2018, argumentando que ya se encontraba pensionado con la policía, decisión confirmada una vez interpuestos los recursos, indicándose además por parte de la demandada, que no conocen los tiempos que se tuvieron en cuenta para reconocer la pensión por parte de la Policía Nacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, dio contestación con escrito de folios 99-104, en donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos, y propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió declarar la compatibilidad entre la pensión otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional con la reclamada ante Colpensiones; condenar a esta última a reconocer y pagar al demandante Carlos Humberto Rivera Rodríguez la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de mayo de 2018 en cuantía inicial de \$1.703.283,47 por trece mesadas anuales, junto con el respectivo retroactivo y con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional para cada anualidad; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas por la pensión de vejez concedida, desde el 1 de mayo de 2018, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago; declarar no probada la excepción de prescripción,

condenando en costas a la demandada, concediendo el grado jurisdiccional en consulta a favor de Colpensiones, en caso de no ser apelada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación para que se revoque la sentencia, así:

La parte demandante, frente a la fecha de causación de la pensión, toda vez que si bien es cierto que el señor Rivera cumplió los 62 años el 29 de abril de 2018, el reconocimiento se debe efectuar desde tal fecha, y no desde el 1 de mayo de 2018. Adicionalmente, solicita se sirva revisar la liquidación de la mesada pensional, por cuanto la realizada por la suscrita, el IBL que se debe tener en cuenta es el 79.09% y no el 76.7% como lo señaló el a quo.

La parte demandada, solicita se revoque de manera total la sentencia de primera instancia, aduciendo que, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, el cual establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, y es por lo que debe tenerse en cuenta, que no está permitido contar con tiempos dobles en uno y otro régimen, es decir, que los tiempos tenidos en cuenta para el reconocimiento de las asignaciones de retiro no deben considerarse dentro de los tiempos que soportan un reconocimiento pensional en el sistema general de pensiones. Asimismo, que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece las excepciones que, en el sistema integral de pensiones, no se aplica a los miembros de las fuerzas militares, y de la Policía Nacional.

Que una vez verificados los bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se evidencian en el presente caso, es posible visualizar que goza de dos prestaciones, una por parte de la Policía Nacional y otra de la Caja General de la Policía Nacional.

ALEGACIONES

Dentro del término, Colpensiones y la parte actora remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda, como en su contestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

El mismo se circunscribe a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, aplicándose lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse si hay lugar a la compatibilidad pensional de una pensión de jubilación (Ministerio de Defensa – Policía Nacional) y una pensión de vejez, y (ii) de proceder el reconocimiento pensional, establecer si hay lugar también al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Asimismo, se estudiarán los aspectos no apelados por Colpensiones, en el grado jurisdiccional de consulta.

DE LA COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Frente al tema en comento, indica el apoderado de Colpensiones que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, el cual dispone que: *“(...) Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (...)”*, ambas prestaciones económicas son incompatibles.

Por otra parte, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, ha dispuesto que:

“(...) ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades (...). Negrilla fuera del texto.

Por otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, ha dispuesto que: *“(...) El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).”*

En suma, la Corte Suprema de Justicia mediante providencia SL1871-2022, del 16 de mayo de la presente anualidad, Mag. Ponente Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, y al hacer referencia a la Sentencia C-1143-2004, sostuvo que:

“(...) La Sala Plena hace suyos los planteamientos de la doctrina más autorizada sobre la materia, la cual ha sostenido que:

“(...) 1.3 Compatibilidad de la asignación de retiro. Estableció el legislador extraordinario la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Los incisos 1° y 3° del artículo 175 del decreto 1211 de 1.990, señalan:

“Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio. (..) Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público”. Dicha compatibilidad constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Política, según la cual “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”. Y dentro de las asignaciones exceptuadas de tal prohibición, la Ley 4ª de 1.992, señala:

“b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública” (art. 19) (...)”

Asimismo, se estableció en dicha providencia que:

“(...) Lo hasta aquí expuesto, implica que, salvo las excepciones de ley, el demandante, en virtud de su régimen especial y por prohibición constitucional, no le es permitido devengar una asignación que provenga del tesoro nacional, situación, que, en todo caso, no le imposibilita prestar servicios a entidades privadas y afiliarse a alguno de los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993, porque, ni el constituyente, tampoco el legislador, vedaron ese supuesto y bien se sabe, que cuando la norma no distingue, no le corresponde hacerlo a su interprete.

Es más, textos de rango constitucional y legal, exigen de la aquí enjuiciada, en cada una de las vinculaciones que la ataron con el petente, una acción positiva respecto a la vinculación y el consecuente pago de la respectiva cotización pues nótese que el artículo 13 y 15 de la Ley de seguridad social integral, modificados por los artículos 2° y 3° de la 797 de 2003, dicen que la afiliación es obligatoria para todas las personas vinculadas con contrato de trabajo, como es el caso del demandante, lo que conlleva a sufragar los respectivos aportes, durante la vigencia de esa relación, evento último que cesará, cuando se reúnan las condiciones de la pensión mínima de vejez o al pensionarse por invalidez o anticipadamente (artículo 17 ib.), que hacen referencia, lógicamente, al sistema previsto en la Ley 100 de 1993 y no a los regímenes exceptuados, como el del que se benefició el aquí accionante, y que tiene sus propias características e incompatibilidades, como se explicó, en profundidad, en las sentencias citadas con anterioridad.

Por manera que, no existe incompatibilidad entre la asignación de retiro y el cálculo actuarial ordenado por el Tribunal, porque al actor le era permitido prestar sus servicios a las fuerzas militares y, en atención al tiempo servido, acceder a las prestaciones de ese régimen especial, siendo posible su vinculación a entidades de derecho privado, tal como sucede en este asunto y estar cobijado por la Ley 100 de 1993, a efectos de financiar una pensión, sea ya en el régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones, cuyos dineros no tienen la condición de asignación proveniente del tesoro público, porque sus aportes son realizados por empleadores y trabajadores (CSJ SL451-2013) o, al de ahorro individual con solidaridad (...)”.

De no ser suficiente lo anterior, también hará mención esta corporación a la providencia de la Corte Suprema de Justicia SL2118-2021, Mag. Ponente Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, en la cual se reiteró lo

dispuesto en la Sentencia de Casación No. 24062 del 14 de febrero de 2005, donde se dispuso que:

“(...) “Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones: “El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

Conforme a lo anterior, es evidente que procede el estudio del reconocimiento a la pensión de vejez solicitada, la cual es compatible con la asignación de retiro, de la cual goza el aquí accionante.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – LEY 797 DE 2003

Esta institución jurídico procesal, es el equivalente a una porción de un salario, fruto del ahorro obligatorio durante toda la vida laboral, para obtener derecho a tal prestación debe cumplirse con unos requisitos establecidos por el legislador como lo son: la edad y la prestación del servicio durante años, evidenciado a través de las cotizaciones.

En el régimen solidario de prima media con prestación definida, la norma vigente para el reconocimiento de la pensión de vejez es lo consagrado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en donde se estableció los requisitos que deben cumplir los afiliados para obtener su derecho, los cuales son

para el caso concreto que el hombre tenga 62 años y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Conforme a lo anterior, entra la sala a verificar si el señor Carlos Humberto Rivera cumple con los requisitos antes mencionados para obtener su derecho pensional, es así como a folio 2 del plenario se encuentra copia de la cédula de ciudadanía, en donde se indica que nació el 29 de abril de 1956, por lo que, para el mismo día y mes del año 2018 cumplió 62 años de edad, acreditando con ello, el primero de los requisitos. Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones realizadas por el demandante, se tiene que, de las pruebas documentales aportadas por las partes, una vez verificadas, se logra establecer como lo dijo el a quo un total de 1.849,43 semanas cotizadas, con lo cual, se cumple el segundo de los requisitos necesarios para obtener su derecho prestacional de vejez.

Teniendo en cuenta que tiene derecho a la pensión de vejez, procede la sala a verificar el monto inicial de la mesada pensional, y el monto del retroactivo pensional, que de acuerdo a la liquidación efectuada por el liquidador de esta corporación, la cual se adjunta y hace parte integral de esta providencia, arrojó los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
29/04/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.825.852,04	9,07	\$ 16.554.391,8
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.883.914,00	13,00	\$ 24.490.882,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.955.503,00	13,00	\$ 25.421.539,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.986.987,00	13,00	\$ 25.830.831,0
01/01/22	31/08/22	5,62%	\$ 2.098.656,00	8,00	\$ 16.789.248,0
Total retroactivo				\$ 109.086.891,79	

Así las cosas, los ordinales 1 y 2 de la sentencia de primera instancia serán modificados, en el sentido de establecer el valor de la mesada inicial, el monto del retroactivo pensional, y el total de los intereses moratorios, valores actualizados al 31 de agosto de 2022, habiendo arrojado estos últimos el valor de \$65.073.558,00.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, el demandante causó el derecho el 29 de abril de 2018, fecha en la cual ya contaba con los requisitos establecidos en la ley. La reclamación administrativa la realizó el 30 de abril de la misma anualidad y

la demanda fue interpuesta el 10 de abril de 2019 (conforme se evidencia del acta de reparto a folio 93 del expediente), es decir, dentro del término trienal a que se refiere el artículo 151 del CPT y de la SS, por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Estos se encuentran consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales proceden en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredita el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, se confirmará la sentencia, por cuanto no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento.

Por lo tanto, las mesadas derivadas desde el 29 de abril de 2018 hasta la fecha en que se paguen, deben ser reconocidas con los correspondientes intereses, sin embargo, no puede olvidarse que se ha establecido un plazo máximo de cuatros (4) meses a partir de la radicación de la solicitud para resolver la petición de la pensión de vejez y al haberse presentado dicha

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

solicitud el 30 de abril de 2018, la entidad contaba hasta el 30 de agosto para el correspondiente pronunciamiento en el que se debía reconocer la prestación pensional.

Así las cosas, los intereses moratorios a los que se hace referencia deben ser pagados desde el 30 de agosto de 2018 hasta que se produzca su pago sobre las mesadas pensionales adeudadas, en consecuencia, se confirmará la condena, pero se modificará la fecha de su causación, por cuanto el a quo no tuvo en cuenta los 4 meses que debían contarse a partir de la radicación de la solicitud.

DE LAS COSTAS PROCESALES

El artículo 365 del C.G.P. hace referencia a la condena en costas, las cuales deben ser impuestas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, normatividad que es aplicable en materia laboral por expresa remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.

Conforme a las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia del 10 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en cuanto condenó a Colpensiones, pero con la modificación de la fecha en la cual se empieza a causar el derecho a la prestación, respecto a la fecha desde la cual se empiezan a causar los intereses moratorios, el valor de la mesada inicial, actualizando el monto de las condenas efectuadas al 31 de agosto de 2022 conforme lo previamente expuesto.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró Carlos Humberto Rivera en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los cuales quedarán así:

“(…) PRIMERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, representada legalmente por Juan Manuel Villa Lora o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al demandante Carlos Humberto Rivera Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía 19.265.465, la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 29 de abril de 2018, en cuantía inicial de \$1.825.852,04, por trece mesadas anuales, junto con el respectivo

retroactivo, el cual a la fecha en que se profiere la presente providencia, asciende a \$109.086.891,79, conforme lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar al demandante Carlos Humberto Rivera Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía 19.265.465, los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas por la pensión concedida, a partir del 30 de agosto de 2018, y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudas, los cuales al 31 de agosto de 2022 ascienden a la suma de \$65.073.558,00 (...).

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.000.000.00 pesos y en favor de la parte demandante, dadas las resultas del proceso.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado
Aclaro voto


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007202000252-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de febrero de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSALBA RODRÍGUEZ REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Diana María Vargas Jerez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y tarjeta profesional 289559 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Rosalba Rodríguez Reyes promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones realizado del ISS a Porvenir S.A. en el mes de julio de 1999; que se ordene el retorno automático al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones donde deberá reactivarse su afiliación, ordenando a la AFP a devolver todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos

de administración, así como todos sus frutos e intereses; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala nació el 26 de abril de 1956, contando con 64 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que en el mes de marzo se afilió al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales, trasladándose a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. en el año 1.999, por cuanto se le aseguró que el fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, aunado a que el asesor encargado le manifestó que el ISS sería reformado y que se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez frente a la edad y semanas mínimas de cotización requeridas, además de que se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho.

Refiere que no se le advirtió que atendiendo a sus condiciones particulares, a fin de contar con una expectativa pensional real en el RAIS, debía realizar aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones fijadas de manera obligatoria por la ley, para completar el capital mínimo requerido para acceder a la prestación de vejez, o para equiparar la cuantía de la prestación que podría haber obtenido en el RPMPD, habiendo sido inducida a error por la AFP, al no habersele suministrado información clara y suficiente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, Colpensiones en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación realizada al ISS, y el agotamiento de la reclamación administrativa; Porvenir S.A. frente a los hechos indicó en su mayoría que no eran ciertos o no le constaban, excepto los relacionados con la afiliación realizada a la entidad en 1999, la fusión entre Porvenir S.A. y Horizonte S.A., el derecho de petición elevado y su contestación.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Rosalba Rodríguez con Porvenir S.A. el 1 de julio de 1999, ordenando a dicha AFP a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, en los que deberá incluirse los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD, incluyendo además los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, los cuales deberán ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados; ordenar a Colpensiones a recibir como afiliada a la demandante por primera vez, comoquiera que la actora se encontraba afiliada a Cajanal, declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a Porvenir S.A. Se concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

COLPENSIONES aduce que dentro del expediente no obró prueba alguna que demostrara algún vicio del consentimiento, y que por el contrario, nos encontramos frente a un error de punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica sobre el acto celebrado entre la demandante y el fondo privado.

Considera que se ha dado una interpretación errónea al artículo 1604, esto es, que se ha interpretado por parte de la Corte que la responsabilidad solo esté en cabeza de los fondos privados, sin que se le exija al demandante aportar soporte de la existencia de algún vicio al momento de la afiliación al RAIS, resaltando obligaciones recíprocas por parte de los demandantes.

Asimismo, que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante se destaca el silencio en el transcurso del tiempo, considerándose ello como una decisión consiente y permanente de permanecer en el RAIS.

En suma, manifiesta que debe tenerse en cuenta el principio sobre la descapitalización del sistema pensional.

PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, manifestando que si bien existe un precedente, el mismo no debe aplicarse de manera objetiva, debiendo analizarse las circunstancias de cada caso en concreto, por lo que no le asiste razón al juzgador de primera instancia en declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación con base en la falta de

información, cuando no era obligación de la entidad presentar un documento diferente o adicional al formulario de afiliación.

Afirma que en el caso en particular, se evidencia que nos encontramos hablando de un tema de conveniencias, pues la demandante desde el principio indicó que su expectativa era una devolución de saldos, sin embargo, no toma esta opción y continúa laborando, dando más tiempo a realizar aportes que no requería en caso de cumplimiento de la edad, sin embargo, que según lo indicado, por la oportunidad que le ofrecieron siguió laborando 8 años más, siendo la particularidad que ahora si desea pensionarse, máxime, que al momento de la afiliación se le indicó que se encontraba dentro de una prohibición legal, sin que contara al momento con una expectativa o un cumplimiento legítimo para estar en el RPM, aunado a que actualmente tampoco cuenta con una expectativa, al faltarle 61 semanas para cumplir los requisitos.

En suma, que no es factible realizar la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la parte actora, como las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **v)** si era presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con una expectativa pensional, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus

eventuales beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición o tener una expectativa pensional para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente

de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que en la página 29 del ítem 13 del expediente obra copia del formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. diligenciado el 1 de julio de 1999. Asimismo, se recibió interrogatorio absuelto por la señora Rosalba Rodríguez Reyes, quien indicó que se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, y posteriormente fue afiliada al fondo privado Horizonte S.A.; que el asesor que la instruyó le manifestó que al tener 43 años y no estar cotizando, su mejor opción sería

trasladarse, pues ya no podría pensionarse, sin embargo, que en dicha AFP podría escoger la edad y el monto, y que como no lograría pensionarse, le devolverían lo que haya aportado, y que en caso de morirse, le efectuarían la devolución a sus hijos, lo cual no hace el fondo público. Asimismo, que en caso de que algún día volviera aportar, le devolverían más dinero. Que en el mismo año consiguió un trabajo y empezó a cotizar nuevamente. Que si dirigió en algún momento a la AFP que ya no era Horizonte S.A. sino Porvenir S.A., donde un asesor le indicó que ella se pensionaría con un salario mínimo, pese a que ella nunca cotizó por dicho monto, inclusive, que si cotizaba hasta los 70 años se pensionaría con tal monto. Que cuando solicitó la devolución de sus aportes, la AFP le indicó que ya no se podría, por cuanto contaba con más de 1.150 semanas cotizadas; que no se le informó antes de los 47 años de edad que esa era la edad límite para retornar al RPM; que no le realizó preguntas al asesor por cuanto la información fue bastante convincente; que recibe los extractos de la AFP; que no corroboró si era cierto que el ISS se acabaría posterior a la asesoría; que conoce los requisitos que tiene que cumplir para pensionarse en ambos regímenes, información que se le suministró por la AFP en el año 2019; que su intención actualmente es trasladarse por una mesada superior.

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

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al

régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo no fue aportado a esta actuación, no obstante lo cual, de todas formas resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Horizonte S.A. el 1 de julio de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, así como el traslado entre fondos, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver*

al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la

cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al

régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ROSALBA RODRÍGUEZ REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA**

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

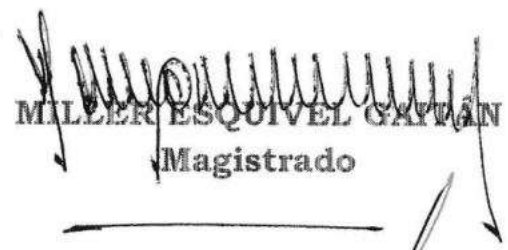
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

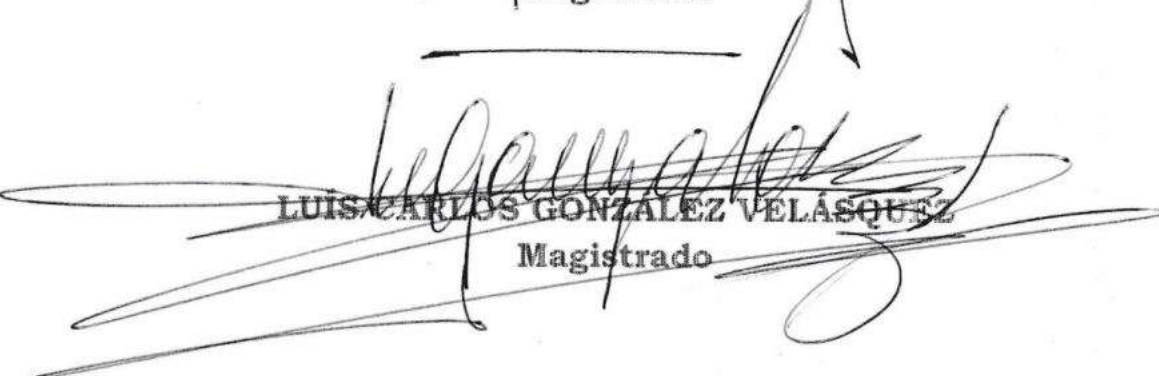
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105005201900260-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Indexación de la Primera Mesada Pensional.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida el 06 de agosto de 2020, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CARLINA SÁNCHEZ FORERO** en contra del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

ANTECEDENTES

CARLINA SÁNCHEZ FORERO, instauró demanda ordinaria laboral en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que, se declare y condene a pagar la indexación de la primera mesada pensional de jubilación del causante JAIME SARRIA CABRERA, reconocida por la resolución No. 4289 del 08 de octubre de 1976 y modificada por la resolución 3074 del 26 de octubre de 1982, aumentándola en un 80%, pues, no tuvo en cuenta el promedio devengado en el último año de servicio, con base en la variación del IPC certificado por el DANE y la fórmula única de la indexación, fijada por la Justicia Ordinaria Laboral; que, se condene al demandado, al pago de las diferencias de pensión, resultantes entre los montos de la mesada indexada y la mesada que ha venido pagándole, desde cuando comenzó con el disfrute de su status de pensionado; que, se condene a las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el señor JAIME SARRIA CABRERA, trabajó para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ostentando la calidad de trabajador oficial, del 06 de junio de 1950 al 30 de marzo de 1976, esto es, un total de 25 años, 11 meses, 21 días, siendo su último salario devengado la suma de \$8.523,78; por lo que se le reconoció pensión vitalicia de jubilación, la cual le fue sustituida, en su condición de compañera supérstite, una vez éste falleció, el 22 de junio de 2013.

Refirió que, el causante era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que, solicitó la indexación de su primera mesada pensional, obteniendo una respuesta negativa del Fondo accionado (fls.3-7 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado de la demanda, el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, dio respuesta oportuna mediante escrito visible de folios 33 a 38 del expediente digital; se opuso a todas y cada una de las pretensiones y, en cuanto a los hechos aceptó la mayoría de ellos; aclarando que, la pensión de jubilación le fue reconocida al causante, sin que entre el momento del retiro y del disfrute de la pensión, mediara algún lapso de tiempo durante el cual el salario de liquidación sufriera desactualización o devaluación monetaria; además que, la pensión reconocida inicialmente siempre fue actualizada o indexada año tras año y, una vez sustituida a la actora, se le han aplicado los reajustes anuales pertinentes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, la genérica, pago, falta de causa y título para pedir y compensación (fls. 33-38 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 06 de agosto de 2020, el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió al Fondo Pasivo Social de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; sin condena en costas para las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, existió un error en la liquidación y en el reconocimiento de la pensión de jubilación del causante, lo que necesariamente afecta el derecho pensional de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación, en cuanto a la no procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, toda vez que la extinta Ferrocarriles Nacionales De Colombia reconoció el pago al señor JAIME SARRIA CABRERA, desde su retiro el derecho de una pensión mensual vitalicia de jubilación y consiguiente al cumplimiento del requisito de la edad, es decir, 50 años, se le es otorgado la pensión plena de jubilación efectiva a partir del 20 de mayo de 1982. El señor JAIME SARRIA CABRERA falleció el 22 de junio 2013 y como consecuencia de ello, se le concedió a la demandante, CARLINA SÁNCHEZ FORERO el 100% del valor de la pensión en cuantía de \$1.099.280 pesos la cual se hizo efectiva a partir del 23 de junio 2013, con los respectivos reajustes anuales pertinentes, es decir, que entre el momento del retiro y el disfrute efectivo de la pensión no medio ningún lapso de tiempo durante el cual el salario de liquidación hubiese sufrido ninguna desactualización o devaluación monetaria.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar si le asiste o no derecho a la demandante, al reajuste del monto de la pensión de jubilación inicialmente reconocida a su compañero supérstite Jaime Sarria Cabrera, con ocasión a la indexación de la primera mesada pensional y sus posteriores reajustes.

DEL STATUS PENSIONAL DEL CAUSANTE Y LA DEMANDANTE

No fue materia de controversia por ninguna de las partes la condición de pensionado que ostentaba el señor JAIME SARRIA CABRERA, la que en todo caso se encuentra plenamente acreditada con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda por la demandada y la copia de la Resolución No. 4289 del 08 de octubre de 1976, de la que se logra establecer que, inicialmente le fue reconocida pensión convencional de jubilación, a partir de la fecha de su retiro definitivo del servicio, en una cuantía determinada conforme a la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 12 de marzo de 1976, la cual no se allegó al plenario; y luego, mediante la resolución 3074 del 26 de octubre de 1982, se le concedió pensión plena de jubilación, a partir del 20 de mayo de 1982, fecha inmediatamente siguiente al cumplimiento de los 50 años de edad.

Igualmente, quedó acreditado dentro del plenario, que el señor JAIME SARRIA CABRERA, falleció el 22 de junio de 2013, por lo que, a través de la resolución 1159 del 15 de mayo de 2014, se le reconoció la sustitución pensional a la actora, CARLINA SÁNCHEZ FORERO, en su condición de compañera supérstite del causante, a partir del 23 de junio de 2013, en cuantía de \$1.099.280.

DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Insiste la parte demandante, en la indexación de la primera mesada pensional del causante, argumentando en su recurso que existió un error en la liquidación inicial del derecho pensional reconocido al señor JAIME SARRIA CABRERA, lo que, necesariamente afecta, la pensión concedida a la actora, en razón de la sustitución reconocida por el fallecimiento de aquel.

Al respecto, sea lo primero indicar que, la indexación es la actualización de una obligación dineraria, que busca proteger el poder adquisitivo de los trabajadores y pensionados, frente a fenómenos inflacionarios que afectan el valor de la moneda. Así lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 10 de mayo de 2017, con radicación 49669, en la que indicó:

“...de cara al tema jurídico propuesto, esto es, la actualización del ingreso base de liquidación, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Así las cosas, la tesis de esta Sala, sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991 y su respaldo, se funda en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como lo son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en la aludida sentencia, la Sala asentó su nuevo criterio en los siguientes términos:

De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada

expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.

En este orden, al margen de que las pensiones reconocidas a los actores tuvieran fundamento convencional o legal, resultaba procedente la actualización del ingreso base de liquidación...”

Entonces, la indexación de la primera mesada procede sin consideración a su origen o naturaleza, ante el impacto del fenómeno económico de la inflación y, siempre y cuando haya transcurrido un lapso de tiempo considerable entre la fecha de terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, que evidentemente represente una desmejora para el ingreso base de liquidación.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de febrero de 2020, con radicación 82007, indicó lo siguiente:

“...En efecto, esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 46832, precisó que se requiere que transcurra un lapso entre el retiro del servicio y el goce de la prestación para que sea procedente la actualización del ingreso base de liquidación, postura que ha sido reiterada en providencias CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 51403, CSJ SL698-2013, CSJ SL4106-2014, CSJ SL8248-2014, CSJ SL10506-20174, CSJ SL11386-2014, CSJ SL11384-2014, CSJ SL1361-2015, CSJ SL13076-2016, CSJ SL3191-2018 y CSJ SL2880-2019. Sobre el tema señaló:

(...) “Ya frente a la discusión jurídica que plantea el recurrente, debe resaltar la Sala que, a pesar de que el Tribunal dijo que la corrección monetaria de las pensiones tenía un carácter excepcional en el ordenamiento jurídico y que no se había generado en el caso del actor un retardo en el pago de la prestación que la justificara, aspectos que ya han sido recogidos ampliamente por la nueva jurisprudencia de esta Corporación en materia de indexación de las pensiones, lo cierto es que para el ad quem aquélla constituía un mecanismo para paliar la pérdida del valor del peso, entre la fecha del retiro del servicio y la del reconocimiento del derecho y la misma procedía cuando la base salarial hubiese sufrido desmedro entre estas fechas, por lo que encuentra la Sala que las manifestaciones mencionadas del ad quem, a pesar de pasar por alto lo planteado por la jurisprudencia, no afectan la esencia de la decisión tomada.

*“Ahora bien, en efecto tal como lo afirma el recurrente y lo entendió el mismo Tribunal, **la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión, tal como lo sostuvo esta***

Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia (...).

(...) “En este orden de ideas, **no pudo incurrir el Tribunal en yerro jurídico alguno, dado que entre el momento de la terminación del contrato del actor, esto es, el 31 de agosto de 1995 y el del reconocimiento de la pensión, es decir, el día siguiente, no hubo una desmejora apreciable en el ingreso base de liquidación (...).**” (Sentencia del 12 de abril de 2011, Rad. 45922).

En este preciso caso el Tribunal estableció que la demandante no tenía derecho a la indexación de la primera mesada de su pensión, en la medida en que había sido reconocida a partir del día siguiente al que feneció su vinculación laboral y, tras ello, no se había verificado un periodo de tiempo dentro del cual se hubiera dado lugar a una pérdida del poder adquisitivo del salario base de liquidación.

*Esto es que, en plena correspondencia con la jurisprudencia trazada por esta Corporación en torno al tema, **al encontrar que la pensión fue concedida y pagada de manera concomitante con la terminación del contrato de trabajo, el Tribunal no distinguió una notoria pérdida del poder adquisitivo del salario, que abriera paso a la posibilidad de actualizarlo. Con ello, no incurrió en los yerros que le endilga la censura** que, de otro lado, no expuso argumentos que impusieran una modificación o reconsideración de la posición reiterada y pacífica que se tiene frente a la cuestión analizada”.* (Negrilla fuera del texto).

En el presente caso, como quedó establecido y se advierte del expediente administrativo allegado por la parte demandada (PDF expediente digital), al causante JAIME SARRIA CABRERA, inicialmente se le reconoció una pensión convencional de jubilación, mediante la resolución 4289 del 08 de octubre de 1976, “efectiva a partir del día inmediatamente siguiente al de la fecha en que se produzca su retiro definitivo de la Empresa”, en cuantía “liquidada conforme a la tabla establecida en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 12 de marzo de 1976”; la cual, conforme a la relación de tiempo de servicios laborados, hasta el 28 de febrero de 1977, se liquidó con efectividad a partir del 1 de marzo de 1977, en cuantía inicial de \$5.737,47 y, posteriormente, el 23 de agosto de 1979, se reliquidó en la suma de \$5.968,05.

Luego, a través de la resolución 3074 del 26 de octubre de 1982, al cumplir los 50 años, el 19 de mayo de 1982, al causante, le fue concedida la pensión plena de jubilación, “a partir del 20 de mayo de 1982, fecha inmediatamente siguiente a la cual el petitionario cumplió los 50 años de edad”; la cual según liquidación 98.062 ascendió a la suma de \$16.391,15.

Así pues, de ninguna de las pruebas mencionadas, se advierte que transcurrió un lapso considerable de tiempo entre el retiro del servicio del señor JAIME SARRIA CABRERA y el disfrute de la pensión convencional de jubilación, ni menos aún, entre el cumplimiento de los 50 años de edad y el reconocimiento de la pensión plena de jubilación a su favor, que devaluara el valor de la mesada pensional, y justifique su indexación o actualización.

De otra parte, pese a señalar la actora, en su recurso, la existencia de un error en la liquidación pensional, ésta no explicó ni demostró en qué consistía la presunta falencia advertida, tampoco se indicó si correspondía a la pensión convencional de jubilación inicialmente otorgada al fallecido, pues, de ser así, ni siquiera allegó la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el 12 de marzo de 1976, documento indispensable para determinar la forma en que se calculó el valor de esa prestación, teniendo en cuenta que, claramente se advirtió en la resolución de reconocimiento, que, esa mesada sería liquidada conforme a esa norma convencional; además, la pensión sustituida a la demandante, corresponde a la plena de jubilación, otorgada a través de la resolución 3074 del 26 de octubre de 1982, sin que en su ataque a la decisión del a-quo, refiera cuál es la ambigüedad que justificaría la indexación deprecada, respecto a esa pensión o la concedida a ella; razón por la cual, al estar obligada la parte actora a demostrar su dicho y no haber cumplido con esa carga probatoria, a demás de no encontrarse devaluación alguna respecto a las pensiones conferidas al causante, ni en la sustitución pensional a favor de la señora SÁNCHEZ FORERO, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de agosto de 2020, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **CARLINA SÁNCHEZ FORERO** en contra del **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

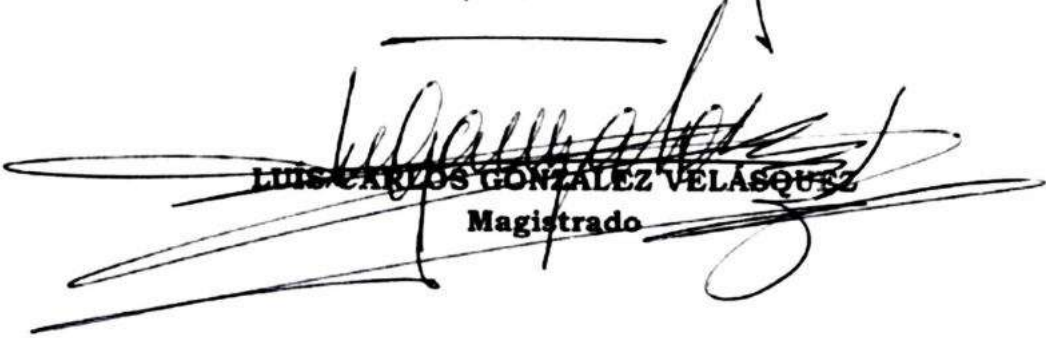
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la demandante y a favor del demandado. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035201900262-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida 03 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUTH ÁLVAREZ GUTIÉRREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la doctora LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 9-12, así como a la Da. ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ como apoderada de PORVENIR en los términos de la documental obrante de folios 17 a 21

ANTECEDENTES

RUTH ÁLVAREZ GUTIERREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESNTIAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS,

efectuado el 05 de septiembre de 1994, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; y, en consecuencia, retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES, incluirlo entre sus afiliados, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 13 de julio de 1962; que, se trasladó del ISS al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A., el 05 de septiembre de 1994, y posteriormente, el 10 de octubre de 2001, se cambió a la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., sin que, ni al momento de su traslado inicial, ni cuando cambió de Administradora, se le brindara información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas que se le otorgaban en uno y otro régimen pensional, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró acerca de los beneficios que podría obtener en el RAIS.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación del valor de su mesada pensional, advirtiéndole que ésta sería ostensiblemente superior en el RPM, por lo que, reclamó ante COLPENSIONES, la nulidad de traslado al RAIS, sin que, a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna al respecto (fls. 05-21 y 161-177 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fls. 189 – 196 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 279-313 PDF).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento,

validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 406-424 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora RUTH ALVAREZ GUTIERREZ, al RAIS, y como consecuencia de ello, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiamiento de la pensión de la actora, por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada a cada AFP; condenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora al RPM, y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado al RAIS; condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, manifestó su inconformidad, respecto a la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, pues, recibió a la señora RUTH ALVAREZ, luego de estar afiliada por más de 7 años al RAIS, a través de otra Administradora de pensiones, y no estar incurso en ninguna de las prohibiciones legales para su cambio; que, el deber de información como se estableció a partir del año 2010 y posteriormente en 2014, no era exigible para la época en que se realizó el traslado de la demandante, por lo cual, simplemente se debió verificar que se cumplió con la normatividad vigente para la época; que, el traslado horizontal que realizó de COLFONDOS S.A. a esa AFP, denota la voluntad de la demandante, de permanecer en el RAIS, con lo cual se genera un acto de relacionamiento con el regimen de capitalización y que permite concluir el conocimiento del RAIS, y la voluntad de no hacer uso del derecho de retracto; que, respecto a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, la AFP, hizo las deducciones por más de 19 años, para mantener los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de descontar la prima de seguros por invalidez y muerte, manteniendo esos riesgos cubiertos, por lo que, no puede exigirse la devolución de esos dineros, generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, ya que, esos mismos gastos son descontados en el

RPM y permiten que sus aportes conserven un valor constante; que, no se esta respetando el verdadero sentido de ordenar que las cosas vuelvan a su estado anterior, ya que, también tendrían que devolverse los rendimientos obtenidos; que, al no haberse demostrado situación alguna que generara la ineficacia, o una situación que le hubiese impedido a la demandante, manifestar de manera clara su voluntad, debe ser exonerada de la condena en costas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, las pruebas obrantes en el plenario, específicamente los formularios de afiliación a las AFP y los traslados horizontales, ratifican no solo la voluntad de la actora de pertenecer al RAIS, sino también el conocimiento que ésta tenía de las circunstancias propias de cada uno de los regímenes; que, el traslado inicial se ratificó de forma libre y espontanea, con el cumplimiento de las solemnidades legales, por tanto, el traslado es válido, sin que exista prueba de un consentimiento ineficaz o viciado de nulidad; que, de haber existido una omisión en la información, esto se trató de un error de derecho, que no vicia en su totalidad el consentimiento; que, la Seguridad Social, es un derecho autónomo y cualquier ineficacia en el traslado de régimen pensional, está sujeto a lo fijado por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin aplicar las normas fraccionadas, para beneficiar a la actora, simplemente porque sus aportes, no generaron los rendimientos que ella esperaba, contribuyendo a la descapitalización del Sistema Pensional, quedando obligada COLPENSIONES a reconocer un derecho pensional a quien no ha contribuido en dicho régimen.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, señaló que, el tema de la devolución de cuotas de administración, no es un tema que se haya definido aun por la jurisprudencia, ni tiene vocación para devolverse, pues, si bien el acto del traslado se declara ineficaz, la afiliación de la actora, supera más de 20 años, y mientras estuvo vigente la relación laboral, se produjeron unos efectos en favor de la demandante, válidos hasta hoy; que, las Administradoras, cumplieron el deber de administrar los recurso de la actora, pues, como bancos, por su buena gestión obtuvo rendimientos, que de trasladarse en su total, no justifican la devolución de las cuotas de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho

fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Entre tanto, PORVENIR S.A. pretende que se confirme parcialmente y, en ese sentido, se mantenga la absoluciónde las condenas. Por último, la parte actora también solicitó la confirmación por encontrarse reunidos los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si la ineficacia del traslado de la demandante atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; y, v) si procede la orden de devolución de gastos administración.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste**

que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es

*imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS, de fecha 05 de septiembre de 1994 (fl. 28 y 426 PDF); formulario de afiliación a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. diligenciado el 10 de octubre de 2001 (fl. 31, 385, 387 y 389 PDF); reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES y su correspondiente respuesta negativa (fls. 35-41 PDF); historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 45-60); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 61-69 PDF); simulación pensional (fls. 135-141 PDF); consulta SIAF (fls. 315-319 y 425 PDF); certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 321 PDF); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 323-340 PDF); relación de aportes a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 343-371 PDF); historia laboral válida para bono pensional (fls. 373-383 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (archivo 2. Exp Digital).

Declaraciones extraproceso de la demandante y el señor GERMAN EDUARDO RIVERA RODRÍGUEZ, cónyuge de la actora, quien manifestó que, para comienzos del año 1998, la señora RUTH ALVAREZ y él, trabajaban en la Federación Nacional de Cafeteros, en Bogotá, y recibieron la visita de una asesora de COLFONDOS, quien se reunió con su esposa en la cafetería de la Entidad, para explicarle el nuevo régimen pensional de la Ley 100 de 1993, que los recursos del ISS, se iba a agotar y no podrían cubrir las obligaciones pensionales de sus afiliados, y que, COLFONDOS

S.A., obtendría una pensión mayor y mejores beneficios, por el salario que ella devengaba, porque haría un ahorro, con el que obtendría rendimientos; que, posteriormente, la señora ALVAREZ GUTIERREZ, se cambió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., donde le ofrecían mayor rentabilidad.

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, se trasladó al RAIS, en el año 1994, cuando se desempeñaba como asistente de la unidad informática de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombi; que, una persona de COLFONDOS S.A., fue a la cafetería y estuvo hablándole acerca del Seguro Social, que se iba a acabar, que en COLFONDOS S.A., podría pensionarse a una edad más temprana y recibir una mesada pensional igual o superior a la reconocida por el ISS; que, la asesoría fue individual y duro unos 15 o 20 minutos, mientras tomaban un tinto con la asesora; que, luego se cambió a la AFP HORIZONTE, porque no tuvo más información de COLFONDOS y ellos le ofrecieron estar en comunicación con ella e informarle todo lo relacionado con el tema de su pensión; que, no leyó los formularios, los asesores le leyeron las preguntas y ella simplemente les suministró sus datos; que, se siente engañada, porque nada de lo que le prometieron resultó ser verdad, no se pudo pensionar más joven, ni su mesada sería igual o superior a sus ingresos; que, hace aproximadamente 2 años fue a una oficina de la AFP PORVENIR S.A., para preguntar por su pensión y le informaron que el valor de la mesada, sería de aproximadamente \$1.500.000 y ahí se dio cuenta que eso no fue lo que le ofrecieron.

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

ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 05 de septiembre de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CENSTIAS hoy AFP PORVENIR S.A, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e*

intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

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

Ahora, en relación con la orden impuesta a COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, ninguna razón le asiste en su reproche a esas demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **RUTH ÁLVAREZ GUTIÉRREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

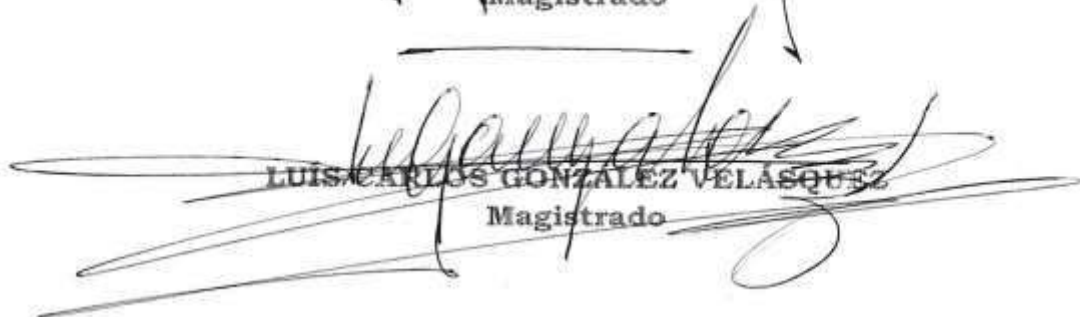
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. y la Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017201900285-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de abril de 2021, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS FERNANDO TORRADO ACEVEDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 9vto a 11.

ANTECEDENTES

CARLOS FERNANDO TORRADO ACEVEDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la ineficacia

de su vinculación y/o traslado al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., por la indebida, incompleta y engañosa información suministrada, que generó un error de hecho, que, vició su consentimiento; de manera subsidiaria a dicha pretensión declarativa, solicita declarar la nulidad de su afiliación y/o traslado al RAIS; en consecuencia, solicita condenar a la AFP PORVENIR S.A., a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación o traslado a ese régimen pensional; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimiento, bonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en su cuenta de ahorro individual; que, se condene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación al RPM, así como a actualizar su Historia Laboral, con las cotizaciones efectuadas en el RAIS; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas, incluyendo agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 03 de noviembre de 1959; que, el 31 de marzo de 1980, se afilió al RPM administrado por el entonces Seguro Social hoy COLPENSIONES, hasta el 21 de abril de 1994, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; que, para la fecha de su cambio de régimen pensional, tenía cotizadas más de 735 semanas y sus aportes eran superiores a 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., no realizó ninguna proyección al momento de su traslado, que le permitiera tener pleno conocimiento de su decisión; que, tampoco se le informó acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ni de la oportunidad que tenía para retractarse de su decisión; que, menos aún se le explicó la naturaleza del régimen de capitalización, ni le dio una orientación clara, precisa, veraz, sobre las desventajas de afiliarse al RAIS; incumpliendo así con el deber del buen consejo, al momento de su afiliación inicial, y durante todo el tiempo que ha permanecido vinculado a esa Administradora.

Indica que, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., una proyección del valor de su mesada pensional, advirtiéndolo un grave detrimento económico, por no ser acorde a sus salarios, ni aportes al Sistema General de Pensiones, por lo que, solicitó a las demandadas la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional, petición que fue resuelta de forma negativa por éstas (fls. 5-30 y 122-147 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONE - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 160-184 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica (fls. 226-271 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de abril de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones propuestas; igualmente declaró que el traslado del demandante, al RAIS, administrado en su momento por la AFP PORVENIR S.A, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró al actor, como válidamente afiliado al RPM, administrado por COLPENSIONES, y que, esa entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad; ordenó a la AFP PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores, que conformen la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, sumas de aseguradoras, bonos pensionales, todo con sus frutos e intereses, sin que haya lugar a descuentos, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por la AFP PORVENIR S.A de su propio patrimonio.

También, ordenó el a-quo, a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor del demandante, y convalidarlos en su historia laboral; se abstuvo de resolver la pretensión de reconocimiento del derecho pensional; condenando en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por su parte, solicitó revocar la sentencia en su totalidad y absolverla de las condenas impuestas, por no asistir razón al fallador de Primera Instancia, en condenar a esa Administradora, por falta al deber de información, cuando para la época de traslado del demandante, no está obligada a suministrar la misma, pues, bastaba con que el afiliado

manifestara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, como efectivamente ocurrió, por lo que cumplió con las obligaciones a su cargo; además, la permanencia del actor, en el RAIS, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, que se ha ratificado en el tiempo; que, esa Administradora, le brindó al demandante, una asesoría oportuna, donde le informó las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de las condiciones pensionales, como se aprecia en el formulario suscrito por él; que, no puede afirmarse que esa Administradora, incumplió el deber de información, obligándola a aportar documentos que para esa fecha no eran obligatorios, pues, todo se efectuó de manera verbal y dicha obligación sólo surgió hasta el año 2014; que, no es posible realizar la devolución de los gastos de administración, pues, dichos valores, también se retiene en el RPM, además, no forman parte de la pensión de vejez, están sujetos a la prescripción, y, según concepto de la Superintendencia Financiera, los únicos conceptos a retornar en caso de ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional son los aportes y sus rendimientos de la cuenta individual del afiliado, ya que, la AFP, cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura por los posibles riesgos de invalidez y sobrevivencia; indica que, trasladar dichos gastos a COLPENSIONES, configuraría un enriquecimiento sin causa, comoquiera que, no existe norma alguna que imponga la obligación de su devolución, siendo que corresponden a la AFP, por su buena gestión en la administración de los aportes del afiliado.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar en su totalidad la sentencia objeto de alzada, pues, el traslado de los aportes al RAIS, se realizó con plena voluntad del cotizante, razón por la cual no procede la nulidad reclamada por el accionante; que, también existió una falta de diligencia del demandante, quien por más de 15 años en el RAIS, no indagó por las condiciones del mismo; que, no fue coartado o presionado para suscribir el formulario de afiliación y traslado de régimen pensional; que, no puede desconocerse el gran problema que, se puede presentar en esa Administradora, por el traslado indiscriminado de afiliados, que escudándose en la falta al deber de información de las AFP, pretenden acceder a una prestación en el RPM, cuando no han guardado fidelidad a dicho régimen, teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad del Sistema Pensional; solicita que se absuelva de la condena en costas, pues, COLPENSIONES, no tuvo ninguna injerencia en la decisión del demandante, al momento de su traslado de régimen pensional

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal, COLPENSIONES solicitó que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la

escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Entre tanto, PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados. Y últimamente, la parte actora solicita que se confirme el fallo al encontrarse reunidos los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia del traslado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa o si los mismos, se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción; y, v) si se debe o no imponer condena en costas procesales a COLPENSIONES.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas

es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

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

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

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

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

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

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

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

Al respecto, milita en el plenario formulario de solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito por el demandante el 21 de abril de 1994 (fl. 37 y 272 PDF); certificación de traslado del demandante a la AFP PORVENIR, expedida por COLPENSIONES (fls. 38-39 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 40-43 PDF); historia laboral consolidada del actor en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 44-49 PDF); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls.50-62 PDF); historia laboral válida para bono pensional (fls. 63-64 PDF); reclamación administrativa radicada por el actor, ante COLPENSIONES, y su respectiva respuesta negativa (fls. 65-88 PDF); respuesta de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 93-96 PDF); simulación pensional efectuada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 97-100 PDF); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 275 PDF); expediente administrativo de COLPENSIONES (archivo CD F-148 expediente digital).

Igualmente, el demandante absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para abril de 1994, trabajaba en Leasing de Occidente, Compañía filial del Banco de Occidente y del grupo AVAL, y en esa misma época, nació la AFP PORVENIR S.A., entonces fue una política del Banco, que los trabajadores se pasaran a esa AFP, reunieron a todos los comerciales, el ocupaba el cargo

de gerente comercial, y les pidieron que firmaran el formulario de afiliación, no se presentó ningún asesor de la AFP PORVENIR S.A.; que, no les dieron ninguna explicación o asesoría, simplemente les informaron que había nacido esa nueva Administradora, que era del grupo AVAL y que debían pertenecer a ella; que, esa directriz llegó de la oficina de personal del grupo AVAL; no le explicaron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni ninguna otra información; refiere que, luego de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., tampoco recibió asesoría, ni se acercó a una oficina de la Administradora, para obtener información de su situación pensional; que, firmó voluntariamente el formulario de afiliación al RAIS, pero, sin recibir asesoría y por imposición de su empleador, y siempre tuvo temor de demandar, ya que, su empleador, pertenece al mismo grupo de la AFP PORVENIR S.A., y podría ser despedido; que, ha recibido los extractos de la AFP PORVENIR S.A., revisa los valores y los guarda, pero no los entiende; que, sus ingresos, siempre han sido altos y manifiesta desconocer las razones por las cuales se genera una diferencia tan amplia entre la mesada pensional que le correspondería en el RAIS, frente a la concedida por el RPM.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones*

consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 21 de abril de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, dado que el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de abril de 2021, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CARLOS FERNANDO TORRADO ACEVEDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLEN ESQUIVEL GARCIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007201800345-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Devolución de saldos – Bono Pensional Tipo A.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JAIRO ENRIQUE PARADA ARAQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

ANTECEDENTES

JAIRO ENRIQUE PARADA ARAQUE, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que, se declare que tiene derecho a la devolución de sus aportes; que, se ordene a COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a emitir el bono pensional correspondiente, a favor de la AFP PORVENIR S.A.; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., reconocer y pagar la devolución de aportes, debidamente indexada; que, se conceda lo ultra y extra petita así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, y, de forma alterna laboró y cotizó con el Magisterio Oficial colombiano, Entidad que, mediante resolución 4997 del 20 de octubre de 2010, le reconoció pensión de jubilación, por sus servicios prestados a entidades del Estado, como docente oficial, sin utilizar los aportes a pensión efectuados por las Instituciones de carácter privado en las que laboró.

Refiere que, solicitó a las demandadas, la devolución de los aportes, petición que fue resuelta de forma negativa por cada una de ellas (fls. 3-14 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, afirmó que, desde el año 2010, el demandante, se encuentra disfrutando de una pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, hacerle la devolución de aportes a través del Bono Pensional, sería actuar en contravía del artículo 128 de la Constitución Política, debido a que nadie puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social de Orden Público y la innominada o genérica (fls. 57-68).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, manifestó que, al ser parte de un régimen exceptuado, al demandante, no se le aplican las disposiciones contenidas en el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo tanto, no debió afiliarse al Sistema General de Pensiones concebido en la Ley 100 de 1993, por exclusión expresa de la norma y, menos aún vincularse al RAIS, con el fin de obtener el reconocimiento de un bono pensional, que pese a reconocerse a los afiliados de los Fondos Privados de Pensiones, tienen una naturaleza pública. Formuló las excepciones de inexistencia de obligación a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de la Nación – Ministerio de Hacienda y la genérica (fls. 74-86 PDF)

Por auto del 26 de febrero de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** (fl.135 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a liquidar el bono tipo A, por los tiempos cotizados por el demandante, redimir y pagar el valor a la AFP PORVENIR S.A.; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., que, una vez pagado el Bono Tipo A, se realice al demandante, la devolución de saldos que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos rendimientos; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de COLPENSIONES y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLPENSIONES, solicitó que se revoque la decisión tomada en Primera Instancia, pues, la emisión del bono tipo A, debe ser solicitada por el actor, a la AFP PORVENIR S.A., quien tiene a su cargo la liquidación del mismo, estableciendo dentro de los 30 días hábiles siguiente, quién ha sido el empleador del afiliado, así como las Cajas, Administradoras y demás Entidades a las que haya cotizado; que, COLPENSIONES, carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que, no es la que directamente debería responder frente a este tipo de bonos, sino que, reitera, debe ser la AFP demandada.

La NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, reiteró que, el demandante, se encuentra excluido del régimen de la Ley 100 de 1993, por disposición, expresa el artículo 279 la misma norma, situación por la que no puede ser beneficiario de ningún tipo de prestación del RAIS; además, que, debe tenerse en cuenta que la fuente de financiación del bono pensional, es un título de deuda pública, que nada tiene que ver con las cotizaciones que se encuentran en COLPENSIONES, ya que, ese capital queda alimentando el fondo común y se expide el bono pensional con recursos de la Nación, por lo tanto, debe declararse la incompatibilidad o prohibición del artículo 128 de la Constitución Política, debido a que el demandante, estaría recibiendo dos asignaciones del Tesoro Público.

También refirió el principio de sostenibilidad y solidaridad del Sistema, ya que, es deber del Estado, garantizar que los recursos provenientes del erario público

en el Sistema de Seguridad Social se apliquen a los grupos de población vulnerables; citó jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto y, solicitó que, en caso de que el Tribunal confirme la sentencia apelada, es necesario que se modifique, en cuanto al término para expedir el bono pensional, pues, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3798 de 2003, esa Entidad, tiene 3 meses siempre y cuando el afiliado, adelante todos los trámites para su expedición ante su Administradora, quién es la autorizada por ley, para acudir a la oficina de Bonos pensionales, para realizar todas las gestiones tendientes a obtener el pago del bono pensional, lo que incluye la aprobación de la historia laboral y las respectivas solicitudes, trámites que no se pueden realizar en los 10 días concedidos por el a-quo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, COLPENSIONES, solicitó que se revoque la sentencia proferida, reiterando los mismos argumentos expuestos en el recurso de alzada.

La AFP PORVENIR S.A., solicitó confirmar la decisión de Primer Grado, por considerarla ajustada a la legalidad.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si procede o no la devolución de saldos, incluyendo el bono pensional tipo A, pese a que el demandante, es beneficiario de una pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ DEL RPM Y LA PENSIÓN DE JUBILACION RECONOCIDA POR EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Alegan COLPENSIONES y la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en sus recursos, la incompatibilidad entre la devolución de saldos, que incluye el bono pensional Tipo A, reclamada por el demandante, con la pensión de jubilación que el mismo percibe por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tratarse de dos asignaciones que vienen del Tesoro público.

Al respecto, sea lo primero señalar que, conforme a lo indicado por el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las reglas del Sistema General de

Pensiones, no se aplican a *“los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*.

Por su parte, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, consagra la posibilidad de acumular cotizaciones, en el caso de profesores que para la fecha de su promulgación, 29 de marzo de 1994, se encontraban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o que se tuvieran que afiliarse y que además, recibieran remuneraciones del sector privado, pudiéndose vincular al RPM o al RAIS, a través de la Administradora de su elección, aplicándose al afiliado las condiciones vigentes del régimen seleccionado, así:

“...Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliarse en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado...”.

Respecto a la compatibilidad entre una pensión de jubilación oficial y una pensión de vejez reconocida por el ISS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, reiterada el 17 de julio de 2013 en la sentencia con radicación 41001, indicó:

“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral...”.

De otra parte, el artículo 128 de la Constitución Política, señala que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley; indicando que se entiende por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas; frente a lo cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de noviembre de 2018, radicación 42996, reiterando las sentencias 48880 del 28 de febrero de 2018 y 52150 del 14 de marzo de 2018, indicó que la regla general del Sistema General de Pensiones es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma

contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que lo gobiernan, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo; precisando que en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

En el presente caso, reclama el demandante, que la AFP PORVENIR S.A., proceda a la devolución de saldos, por las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, a través del Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, por su empleador privado, “*COLEGIO AGUSTINIANO*” “*ORDEN AGUSTINOS RECOLETOS*”, desde el 02 de septiembre de 1981 al 31 de diciembre de 2002; y, aunque es beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 4997 del 20 de octubre de 2010, por haber prestado servicios como Docente oficial; lo cierto es que, ambas prestaciones son compatibles, tal como lo concluyó el Juez de Primera Instancia, ya que, su fuente de financiación es independiente, además, su reconocimiento está a cargo de diferentes entidades, y los aportes efectuados al RPM, en momento alguno sirvieron de base para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Sin que le asista razón a los recurrentes, cuando afirman que el demandante, estaría percibiendo doble asignación del tesoro público, pues la prestación que tienen su fuente en el Sistema General de Pensiones, pretendida en este caso, se financia con recursos parafiscales y, por tanto, no se vulnera el artículo 128 de la Constitución Política, ni atenta contra los principios de sostenibilidad y solidaridad del Sistema General de Pensiones, pues, claramente, conforme lo establecen los artículos 37 y 66 de la Ley 100 de 1993, quien no cumple con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, le asiste el derecho a la indemnización o devolución de las cotizaciones efectuadas, dependiendo del régimen pensional al cual se encuentre afiliado.

Ahora, en cuanto a la solicitud de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, relacionada con ampliar el término para la emisión del bono pensional tipo A, revisada la sentencia de Primer Grado, no se advierte que, el a-quo, haya limitado a un tiempo específico la emisión, liquidación y pago del bono pensional, a órdenes de la AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante, por lo tanto, no hay lugar a modificación alguna, pues, claro es que, la AFP demandada, está en la obligación de gestionar ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el bono pensional Tipo A, y ésta última, conforme a lo señalado por los artículos 14 y 16 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia con el Decreto 3798 de 2008, y en especial con su artículo 7, debe emitir y pagar el bono pensional, dentro de

los términos legales, sin imponer al demandante, cargas administrativas, que no son su responsabilidad.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JAIRO ENRIQUE PARADA ARAQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

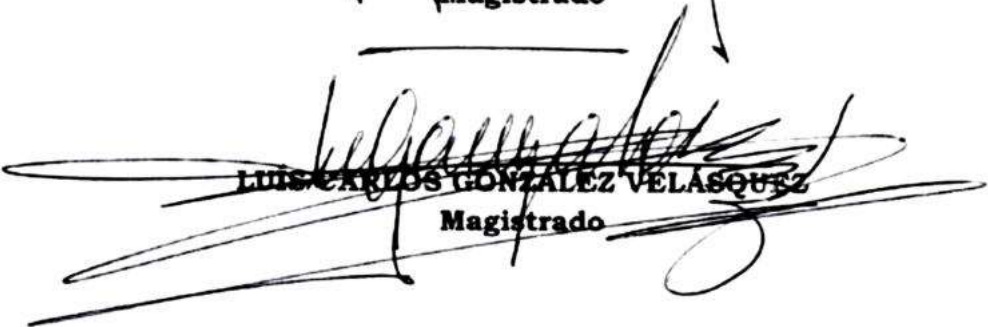
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las recurrentes y a favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105006201800360-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión especial de vejez.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de mayo de 2021 por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AMAURY ENRIQUE ESCORCIA VILLALBA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. María Alejandra Cifuentes Vargas, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.014.244.637 y tarjeta profesional 294.799 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Amaury Enrique Escorcía Villalba pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que como consecuencia de lo anterior, se disponga que el régimen aplicable es el dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, condenando a la demandada Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por laborar bajo la exposición de sustancias comprobadamente cancerígenas a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, ordenando el pago de las mesadas adeudadas desde el 12 de febrero de 2007, con las mesadas adicionales de junio y diciembre; al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, e igualmente la indexación de las sumas; a lo ultra y extra petita, y costas procesales.

Subsidiariamente pretende que se declare que es beneficiario de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003, y que se condene a la demandada al pago de los intereses de mora a la máxima tasa legal, determinado por la Superintendencia Financiera.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 12 de febrero de 1957, contando con 61 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que cotizó al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones un total de 1.486 semanas, de las cuales 1370 fueron cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo, al encontrarse expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas con el empleador Cristalería Peldar S.A. desde el 25 de abril de 1988 hasta el 1 de enero de 2015.

Refiere que la demandada mediante la Resolución SUB 48666 del 27 de febrero de 2018 negó el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, y pese a presentar los recursos de ley, a través de las Resoluciones Nos. SUB 79240 del 23 de marzo de 2018 y DIR 7134 del 13 de abril de 2018, se confirmó la negativa frente al reconocimiento de la prestación, argumentando que el empleador no había efectuado la cotización especial de seis puntos de que trata el Decreto 1281 de 1994 y los 10 puntos de que trata el Decreto 2090 de 2003.

Resalta el actor que desempeñó labores bajo la exposición de asbesto y sílice, ilustrando que cuando las fibras de tales materias primas son desprendidas de las materias que las contienen, flotan en el aire indefinidamente, convirtiéndose en una circunstancia riesgosa por exposición, incluso sin una manipulación directa por encontrarse laborando durante toda la jornada laboral en un entorno que permanece contaminado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, dio contestación dentro del término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, el tiempo que cotizó con la empresa Cristalería Peldar S.A., y las respuestas negativas frente al reconocimiento de la pensión especial de vejez.

Propuso la excepción previa de falta de litis consorcio necesario solicitando la vinculación de Cristalería Peldar S.A., y como de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y solicitud de condena en costas al demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de mayo de 2021 dispuso condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante Amaury Enrique Escorcía la pensión especial de vejez de alto riesgo, a partir del día 1 de septiembre del año 2018 en cuantía inicial de \$2.815.795, la mesada adicional 13, y los intereses moratorios previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la exigibilidad de cada mesada pensional hasta cuando se verifique el pago de la obligación, declarando no probada la excepción de prescripción, condenando a la demandada en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que una vez revisado el expediente administrativo del demandante, obra una certificación suscrita por el empleador Cristalería Peldar S.A. de fecha 10 de noviembre de 2017, informando que el demandante trabajó desempeñándose en labores varias sin reportarse ninguna novedad ni cotización especial por alto riesgo, sin que pueda desprenderse de las documentales obrantes en el expediente administrativo, que el demandante hubiese desempeñado alguna de las labores descritas en el Decreto 2090 de 2003.

Adicionalmente, que el artículo 31 de la Resolución 3122019 y el artículo 2.2.4.6.15 del Decreto 1072 de 2015, señalan que la obligación de identificar cuales trabajadores se encuentran expuestos a una actividad de alto riesgo y de efectuar las respectivas cotizaciones al sistema general de seguridad social, son los empleadores, no siendo procedente endilgar dicha responsabilidad a Colpensiones.

Asimismo, refiere que el empleador no cumplió con sus obligaciones al identificar que el trabajador se encontraba expuesto en una actividad enmarcada en el Decreto 2090 y adicionalmente efectuar las cotizaciones correspondientes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora remitió alegatos de conclusión, indicando que comparte los argumentos esgrimidos por la juez de primera instancia. Asimismo, que teniendo en cuenta el punto de apelación de la demandada, no fue objeto de reproche, el análisis de las pruebas practicadas dentro del proceso, por lo que considera que logró demostrarse la exposición constante y permanente a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Por su parte, Colpensiones indica que es claro que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 2090 de 2003, modificado por el Decreto 2655 de 2014, puesto que las labores o actividades desempeñadas no pueden ser consideradas como de alto riesgo.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará si le asiste o no el derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, teniendo en cuenta el Decreto 2090 de 2003, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, frente a los puntos no apelados, aclarando que no fue objeto de debate por la parte actora, que el señor Amaury Enrique Escorcía no acreditó ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 8 del Decreto 1281 de 1994, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, por lo que la sala se releva de su estudio.

DE LA PENSIÓN ESPECIAL POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La figura de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo fue creada con el fin de dar un beneficio a los trabajadores que se encuentran expuestos a ciertos oficios que generan de manera consecuente un desgaste mayor tanto en el estado físico como en la salud de la persona; la citada prestación está consagrada en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, que recogió básicamente lo previsto sobre el particular en el 1281 de 1994, con el único objetivo de proteger las situaciones que benefician al afiliado, como es el pensionarse con el número de semanas cotizadas y la edad mínima a la cual puede acceder al derecho pensional.

Así pues, la norma en mención, contempla como actividades de alto riesgo para la salud, las siguientes:

“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. *Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*

4. **Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.**
5. *En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa.*
6. *Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.”.*

Por su parte, el artículo 6 de la misma norma, señala:

“ARTÍCULO 6. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003”.

Ahora, respecto a los requisitos adicionales establecidos en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, para que el trabajador sea beneficiario del régimen de transición, aclaró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que:

“...la Sala considera oportuno fijar su alcance, toda vez que en tal precepto, para mantener el régimen de transición que en ella se establece a efectos del reconocimiento de la pensión especial de vejez, remite a los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que regula la transición de la prestación ordinaria de vejez, lo cual se considera excesivo dada la teleología de un régimen especial y diferente.

En efecto, la pensión anticipada por trabajos de mayor riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión se encuentran expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o estar expuestas a un mayor nivel de siniestralidad.

Por ello, la exigencia de requisitos para obtener una pensión especial de vejez, son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos en forma superlativa a riesgos de carácter

laboral y justifica con suficiencia que se consagren en proporción a la actividad que los trabajadores desarrollan en su espacio laboral, en cuanto están sujetos a una mengua de sus expectativas de vida saludable.

Esas son las razones por las que el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo, prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, a lo que se agrega que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones.

Tan ciertas son las afirmaciones anteriores, que el constituyente secundario al introducir reformas al artículo 48 Superior y al régimen pensional transitorio de la Ley 100 de 1993 con el Acto Legislativo 01 de 2005, dejó a salvo las reglas especiales para la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, tal como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-651 de 2015 al señalar que «el Decreto 2090 de 2003 no consagra un régimen especial de pensiones, sino un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del sistema general de pensiones»; ello, bajo «una interpretación integral de la Constitución que [tiene] en cuenta su vocación igualitaria, expresada ante todo en su artículo 13, incisos 2 y 3, que consagra una “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”».

De acuerdo con las explicaciones precedentes, las exigencias adicionales del párrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, son desproporcionadas y contrarias a la finalidad del régimen especial y transitorio para acceder a la pensión de vejez. Esta interpretación coincide con la que ya explicó esta Sala de la Corte Suprema de Justicia en relación con otro régimen de transición. En efecto, en aquella oportunidad, ante la exagerada y nueva exigencia de transición exigida en el Decreto 1160 de 1994, en la sentencia CSJ SL 38948 de 2012, luego reiterada en la CSJ SL 38869 del mismo año, dijo la Corte:

(...)

Luego, para la Sala, el párrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 no acompasa con la regulación de la pensión especial de vejez por alto riesgo y, desde esa perspectiva implica que para ser beneficiario de las prerrogativas transitorias, es necesario acreditar las exigencias del inciso primero de dicho artículo, en cuanto las dispuestas en su párrafo consagran las requeridas para obtener la pensión ordinaria de vejez en el régimen general, toda vez que como se indicó, una y otra son diferentes; interpretación que en virtud del principio de favorabilidad establecido en el

artículo 53 de la Constitución Política, es más adecuada con el propósito teleológico de la normativa...”.

Bastará entonces, con acreditar 500 semanas de cotizaciones en actividades de alto riesgo, para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el primer inciso del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003; y, en consecuencia, ser beneficiario de la pensión especial de vejez, prevista en el régimen inmediatamente anterior, esto es, el Decreto 1281 de 1994, que, dispone en su artículo 3 lo siguiente:

“ARTICULO 3o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.

Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.” Im483890

Ahora, y de acuerdo con la historia laboral del demandante, expedida por Colpensiones, no existe discusión alguna sobre las diferentes vinculaciones efectuadas durante su vida laboral desde el mes de marzo de 1982, corroborando, que realizó cotizaciones como trabajador de la empresa Cristalería Peldar S.A. desde el 25 de abril de 1988 hasta el 31 de enero del año 2015, para un total de **1.486,71** semanas cotizadas en total.

Adicionalmente, se cuenta con certificación expedida por Cristalería Peldar S.A. del 10 de noviembre de 2017, donde consta que el señor Escorcía ocupó los siguientes cargos: **labores varias (25 de abril de 1988 al 13 de mayo de 1990)**, responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Es un colaborador y ayudante de otras personas en todas clase de trabajos que le sean asignados, realizados con las manos, escobas, traperos, papel, movimiento de cajas en el área de selección, con la utilización de bandas transportadoras de envases, envases de vidrio, cajas de cartón, estibas de madera, máquinas strutz de decoración, pinturas para decoración, etc. **selector varios (14 de mayo de 1990 al 2 de enero de 2015)**, responsable por la correcta selección y empaque de producción, de tal manera que garantice que la producción empacada reúna las características de calidad, tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo cual implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar, desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar las cajas, colocarlas en conveyer o arrumarlas, labor que desempeñó en el área de selección de

envases, con la manipulación de envases de vidrios, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera.

Asimismo, se cuenta en el expediente administrativo con un memorial mediante el cual Peldar S.A. a través del gerente de relaciones laborales responde un derecho de petición al demandante de fecha 10 de noviembre de 2017, en el que se afirma que el inicio de sus labores se dio en el mes de julio de 1958, que la actividad económica de la empresa es la fabricación de artículos de vidrio, que las materias primas para la fabricación del vidrio son caliza, arena silícea, soda, feldespato, dolomita, casco blanco, casco ámbar, sulfato de sodio; que la arena silícea contiene sílice, y que la presencia del material solo se evidencia en el área de materias primas que se encuentran separadas de la planta de producción; que en el proceso de producción de envases no se emplea asbesto; **que de acuerdo al documento donde obran las funciones del demandante, las mismas no incluyen el manejo o manipulación de las sustancias por él mencionadas**; que las materias primas para la fabricación de vidrio no son manipuladas por el demandante en razón a sus funciones.

En este punto, resulta necesario advertir que la exposición a las sustancias nocivas alegadas dependen de hechos que deben probarse, pues no por el simple hecho de haber trabajado para una empresa donde se desempeñaban labores de alto riesgo, se desprende que todos los trabajadores contaban con el mismo grado de exposición, pues como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en numerosos pronunciamientos *“Los aspectos relevantes pueden ser: el lugar específico donde se ejecuta cada cargo, las funciones asignadas, el tiempo de permanencia en cada área y las materias primas utilizadas, entre otras¹”*.

Frente al particular, y si bien indicó la a quo que con los testimonios de los señores Roque Julio Ríos y José Abelardo Correa Gómez, excompañeros de trabajo del hoy demandante se logró establecer que el mismo estuvo permanentemente expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas durante la permanencia en la empresa por más de 20 años, quienes refirieron el hecho mediante la descripción de las condiciones, bajo las cuales el demandante ejecutó la labor, lo cual indica, se soporta en el estudio que realizó el Instituto de Seguros Sociales en febrero de 1988 visible a folio 84 a 86, sin embargo, una vez analizada la documental en mención, en el mismo se concluyó que la empresa debe controlar el riesgo, disminuyendo las concentraciones ambientales de polvo y partículas por debajo de los límites permisibles recomendados, adelantando actividades de medicina del trabajo, teniendo en cuenta el riesgo estudiado y evaluado, por cuanto las muestras superaron los valores límites permisibles con un grado de riesgo comprendido entre 4,19 y 7,80, sin embargo, no se evidencia que se hayan evaluado las situaciones específicas del accionante, pues por el contrario, se puede inferir que el estudio aportado se encuentra incompleto, al evidenciarse únicamente la

¹ Sentencia SL521-2021, Rad. 78271

portada, y lo concerniente a conclusiones y recomendaciones, considerando además esta sala, que los testimonios de los llamados no resultan suficiente para acreditar la exposición al riesgo en el que se encontraba el señor Escorcía, pues si bien eran compañeros de trabajo y pueden dar fe de sus funciones, lo cierto es que para acreditar el porcentaje de exposición, no resulta suficiente.

Ahora, frente al informe de evaluaciones ambientales de material particulado realizado por SURATEP -laboratorio de higiene industrial en el mes de diciembre de 1996, se determinó que el operario **labores varias** es uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador menos utiliza equipos de protección, sin embargo, no se hizo alusión a las funciones que desempeñó el demandante; frente al estudio *“materia prima utilizada en Peldar y su relación con la salud obrera en general”* si bien se determinó la toxicidad de las materias primas utilizadas, ello no da fe de la exposición del caso particular que aquí nos ocupa, asimismo, los demás estudios remitidos no logran cumplir con la carga de la prueba con la que contaba el trabajador, pues los mismos narran información general más no específica de las labores desempeñadas por el trabajador, así como la intensidad de la exposición a factores de riesgo.

Y es que puede apreciarse que el demandante no tenía contacto directo con la producción y fabricación del vidrio, siendo improcedente inferir que por desarrollar sus labores en la empresa mencionada, debe ser catalogado como trabajador de alto riesgo, pues para ello, es necesario el estudio concreto del puesto de trabajo y las labores ejecutadas, y lo que implicaba tal condición, siendo carentes los medios de convicción que permitan otorgar la prestación solicitada al actor.

En suma, se tiene que la demandada Colpensiones en Resolución DIR 7134 del 13 de abril de 2018 al rechazar la prestación solicitada, indicó que en caso de persistir su solicitud, era indispensable aportar certificaciones que cumplieran los requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, carga con la que al día de hoy no ha cumplido al demandante.

Por último, y si bien no desconoce esta corporación que le corresponde a la demandada Colpensiones realizar el cobro coactivo de los puntos adicionales para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, lo cierto es que no logró demostrar el señor Amaury Enrique Escorcía que desempeñaba actividades de alto riesgo, o que por lo menos, dichas actividades hubiesen sido reportadas por el empleador a la administradora de pensiones, para que la misma diera lugar al cobro correspondiente, debiendo revocarse la decisión de primera instancia, y en su lugar, absolver a la demandada.

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

RESUELVE

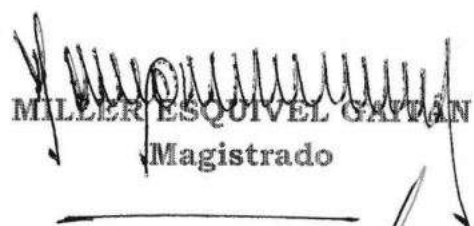
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021 por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso impetrado por el señor Amaury Enrique Escorcía Villalba, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en el presente proveído.

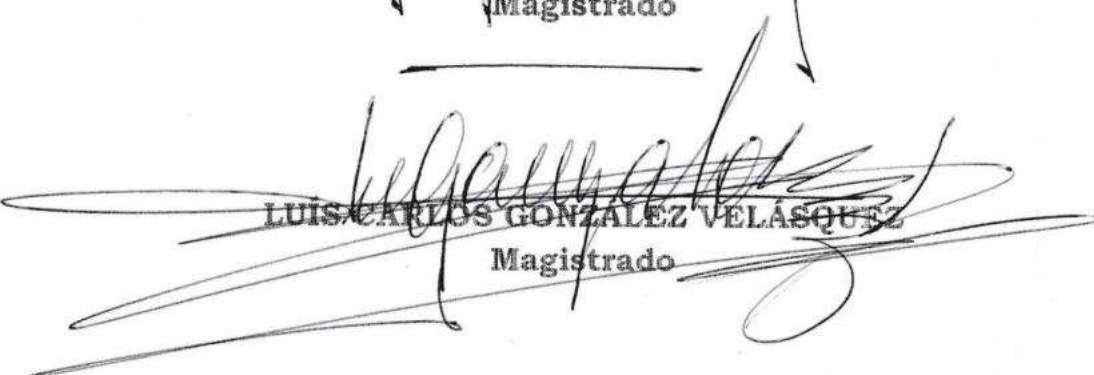
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105037201900365-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Retroactivo pensional.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GLADYS CECILIA ALDANA GORDILLO** en contra de a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

Gladys Cecilia Aldana Gordillo llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el fin de que se le condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado entre el 1 de agosto de 2013 y el 30 de noviembre de 2015, ordenando el pago de las mesadas causadas en tales periodos con los reajustes legales correspondientes; que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas pensionales causadas entre el 1 de agosto de 2013 y el 30 de noviembre de 2015, asimismo, sobre cada una de las mesadas pensionales causadas desde el 30 de noviembre de 2015 en adelante, calculados desde que la demandada debió resolver de fondo la solicitud pensional y hasta el 2 de mayo de 2018, fecha en la cual se efectuó el pago de los valores reconocidos en la Resolución SUB 74986 del 26 de marzo de 2019.

Subsidiariamente, pretende que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la indexación o corrección monetaria sobre las mesadas pensionales adeudadas, causadas desde el 1 de agosto de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2015, asimismo, sobre el retroactivo pensional reconocido en la Resolución SUB 74986 del 26 de marzo de 2019.

Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis, que nació el 25 de septiembre de 1955; que radicó petición el 2 de junio de 2010 ante el Instituto de los Seguros Sociales solicitando la corrección de su historia laboral, como quiera que en la misma no figuraban los periodos cotizados por el empleador JGLOTTMANN S.A. entre los años 1975 y 1976, solicitud que fue reiterada el 29 de noviembre de 2010, las cuales aduce, nunca fueron reconocidas.

Refiere que para el 22 de junio de 2013, radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, el cual fue negado a través de la Resolución GNR 364063 del 20 de diciembre de 2013, al indicársele que no reunía los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, decisión frente a la cual se interpusieron los recursos de ley, sin embargo, los mismos fueron resueltos de manera negativa a través de las Resoluciones GNR 174244 del 19 de mayo de 2014 y VPB del 19 de febrero de 2015.

Afirma que en virtud de lo anterior, inició un proceso ordinario laboral en contra de Colpensiones con el fin de que se reconociera y pagara la pensión de vejez, el cual fue conocido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, sin que las pretensiones hubiesen salido abantes en cada una de las instancias.

Que para el 7 de junio de 2017, Colpensiones corrigió las falencias con el empleador JGLOTTMANN S.A., viéndose reflejados los periodos laborados y debidamente cotizados, por lo que se solicitó nuevamente el reconocimiento pensional el 11 de julio de 2018, determinándose que en efecto era beneficiaria del régimen de transición en armonía con lo preceptuado en la Ley 71 de 1988, y que debía reconocerse la prestación desde el 1 de agosto de 2013.

Que posteriormente, Colpensiones se comunicó vía telefónica, con el fin de que fueran adjuntados nuevamente los certificados de tiempos de servicio CLEBP, los cuales fueron allegados el 30 de noviembre de 2018, dejándose claro que se daba un alcance a la solicitud realizada de manera primigenia.

Ahora, que mediante Resolución SUB 74986 del 26 de marzo de 2019, Colpensiones ordena el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la accionante, en cuantía de \$1.003.082 a partir del 30 de noviembre de 2015, negando el retroactivo solicitado desde el 1 de agosto de 2013, al manifestar que la solicitud fue incoada el 30 de septiembre de 2018, y por tanto las mesadas anteriores al mismo día y mes del 2015 se encuentran prescritas, negando adicionalmente el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones con escrito de folios 60-70 dio contestación en término a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con el tiempo cotizado entre 1975 y 2013; las peticiones elevadas ante el ISS

solicitando la corrección de la historia laboral, y la respuesta emitida por dicha entidad; frente a que la pensión fue negada por no ser beneficiaria del régimen de transición, que en las historias laborales de los años 2015 y 2016 nunca se hizo la respectiva corrección de semanas de cotización, sobre la llamada telefónica que afirma se realizó por parte de Colpensiones, sobre que la demandada guardó silencio frente a la solicitud de indexación de los valores reclamados.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 14 de enero de 2020, dispuso absolver a la demandada Colpensiones de la totalidad de las pretensiones invocadas en su contra por la señora Gladys Aldana Gordillo, condenando en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, señalando que frente al reconocimiento pensional solicitado de manera primigenia el 22 de julio de 2013, se justificó la inoperancia de Colpensiones al corregir las semanas de cotización que se encontraban en mora, o a las que no figuraban en la historia laboral, situación que ya se había puesto en conocimiento según probanzas del proceso desde el mismo año 2010, mismas que fueron realizadas dentro de la relación empleado – empleador JGLOTMAN S.A., dentro del ciclo de junio del 75 al ciclo de enero del 76 que no figuraban estos tiempos de cotización, además de otros ciclos que se habían puesto en conocimiento para su respectiva corrección.

Asimismo, que la señora Aldana Gordillo cumplió su carga de poner en conocimiento de Colpensiones las inconsistencias que figuraban en su historia laboral, mismas que fueron desatendidas por el ISS, siendo corregida la solicitud el 11 de abril de 2017.

Refiere que frente al particular, fue la misma solicitud que la demandante había realizado en el año 2010 para la corrección de su historia laboral, de manera que imponerle al afiliado la carga imperativa de corregir las inconsistencias, o aportar pruebas de que efectivamente había pagado a una entidad que ya había desaparecido es irrazonable, carga por la que debe responder únicamente Colpensiones, máxime que fue por tal motivo que la prestación no fue reconocida desde el momento de su causación.

Refiere que el a quo pasó por alto la solicitud que se realizó que data del 11 de julio de 2018, en la que a través del suscrito solicitó el reconocimiento o nuevo estudio de la prestación, situación que nunca fue resuelta por Colpensiones sino hasta después de haber radicado otra solicitud o un alcance a dicha solicitud el día 30 de noviembre de 2018, las cuales no fueron tachadas ni refutadas por la pasiva, de manera que, si se tiene que la solicitud inicial fue el 11 de julio de 2018, se estaría aplicando de manera errada el término trienal prescriptivo establecido en las normas que regulan la

materia, motivo por el cual, habría lugar a modificarse la efectividad de la prestación y alterar el término prescriptivo de la manera en que lo contabilizó el despacho e igualmente Colpensiones.

Adicionalmente, que considera que si debe tenerse en cuenta las solicitudes que se realizaron en la historia laboral desde el año 2010, frente a las que se dieron respuesta en el año 2011 y posteriores hasta el año 2010, como quiera que las mismas si bien no fueron tenidas en cuenta para la demanda inicial tramitada ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, si tuvieron responsabilidad por parte de Colpensiones para la corrección de la historia laboral, de lo contrario, no se acreditaría el derecho pensional para adquirir la prestación, de la que se pretende se modifique la efectividad de la misma, solicitando subsidiariamente, que accediera a la indexación o corrección monetaria del retroactivo pensional que se reconoció en la Resolución SUB 74986 de marzo de 2019, y es que si bien operó el término de prescripción de las mesadas como se tuvo en cuenta, si podría operar el tema de la corrección monetaria de esa indexación, retroactivo pensional causado, comoquiera que la solicitud se hizo de manera inicial el 11 de julio de 2018.

Es por lo que, solicita se reconozca el retroactivo pensional desde el 1 de agosto de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2015, con los respectivos intereses moratorios, asimismo, que subsidiariamente, se acceda a la indexación del retroactivo pensional reconocido en la Resolución SUB 74986.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez vencido el término, tanto la parte actora como la demandada guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar si hay lugar a reconocer el retroactivo solicitado por la parte actora causado entre el 1 de agosto de 2013 y el 30 de noviembre de 2015 con los respectivos intereses moratorios, o por el contrario, si el mismo se vio afectado por el fenómeno prescriptivo. Adicionalmente, de manera subsidiaria, si procede la indexación frente al retroactivo pensional reconocido en la Resolución SUB 74986; en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Tal como lo advirtió el juez primigenio, no es materia de controversia por ninguna de las partes que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez con

Resolución SUB 74986 del 26 de marzo de 2019, en cuantía inicial de \$1.003.082, a partir del 30 de noviembre de 2015.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL Y LA PRESCRIPCIÓN DE ALGUNAS MESADAS PENSIONALES.

Reprocha la parte actora que el retroactivo pensional solicitado desde el 1 de agosto de 2013 y el 30 de noviembre de 2015 le haya sido negado, por cuanto fue responsabilidad de la administradora de pensiones que no se incluyeran los tiempos de cotización que fueron objeto de reclamo por parte de la actora, específicamente, las relacionadas con el empleador JGLOTMAN S.A. dentro del ciclo de junio del 75 al ciclo de enero del 76, evidenciándose que en el plenario obra petición dirigida al Instituto de Seguros Sociales de data 26 de noviembre de 2010, con el fin de que se corrigieran los tiempos laborados para dicha empresa desde el año 1974 y 1975.

En cuanto a la fecha a partir de la cual debió reconocerse la prerrogativa pensional, basta una simple revisión del resumen de semanas cotizadas por la activa que obra a folio 42 a 45 y en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, para evidenciar que le asiste razón a la actora en cuanto al derecho que le asistía, ya que su última cotización lo fue hasta el 31 de julio del año 2013, sin embargo, no puede perderse de vista que para dicha data, la señora Aldana presentaba inconsistencias en la historia laboral, que al día de hoy se encuentran subsanadas, razón por lo que la prestación económica no había sido previamente reconocida.

Inclusive, se encuentra probado que la activa tramitó ante el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. proceso ordinario radicado con No. 1001310501620150092100 en contra de Colpensiones, buscando el reconocimiento y pago de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, al pago de intereses moratorios, a la indexación de los dineros adeudados por concepto de mesadas pensionales causadas, pretensiones que no prosperaron en las sedes de primera y segunda instancia, y es por lo que no puede endilgársele a la demandada Colpensiones la responsabilidad, máxime, cuando no se registraba en la historia laboral afiliación alguna, pues diferente sería, si pese a registrar filiación, no hubiesen sido tenidas en cuenta por mora en el pago, o que se hubiese demostrado que Colpensiones negligentemente se hubiese rehusado a tal corrección, y es por lo que no accederá esta corporación a modificar la fecha de disfrute desde el año 2013.

Por otra parte, afirma el recurrente que la solicitud inicial de reconocimiento pensional es de data 11 de julio de 2018, siendo el memorial del 30 de noviembre de la misma anualidad únicamente un alcance a la solicitud inicial, por lo que el término trienal se encuentra siendo aplicado de manera errónea.

Frente a lo anterior, encuentra la sala que le asiste razón a la parte actora, pues pasaron por alto tanto Colpensiones como el juzgado de primera instancia, que la señora Gladys Cecilia Aldana elevó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes prevista en la

Ley 71 de 1988 el **11 de julio de 2018**, y que la documental radicada ante la entidad demandada del 30 de noviembre de 2018, correspondía a un alcance a la solicitud inicial, que no reiniciaba el término prescriptivo.

Y es que, Colpensiones mediante Resolución SUB74986 del 26 de marzo de 2019, mediante la cual reconoce la prestación, hace referencia a que la señora Aldana Gordillo solicitó el 30 de noviembre de 2018 el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de vejez, sin que siquiera haga mención a la petición radicada inicialmente, a la que se le asignó el número de radicado 2018_8066394, es por lo que resulta claro, que el disfrute de la prestación le asiste a la demandante desde el **11 de julio de 2015**, y en vista de que la demandada plantó la excepción de prescripción, es claro que resulta probada frente a las mesadas causadas con anterioridad a dicho periodo.

En conclusión, y una vez efectuadas las respectivas operaciones aritméticas, se obtuvo como resultado que la demandada debe pagar por concepto de retroactivo el valor de **\$4.647.610**, sobre las mesadas causadas y dejadas de pagar desde el 11 de julio de 2015 y el 29 de noviembre de la misma anualidad, por cuando para el 30 del mismo mes y año de la última fecha mencionada, la prestación ya se encuentra reconocida.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

En tal sentido ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspectos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que la demandante estuvo privada de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento con el argumento de que al no reposar la novedad de retiro no le era posible acceder a su solicitud, desconociendo con tal proceder, las pautas para interpretar cuando se requiere o no de dicho registro de la novedad. Aspecto que así visto lejos de mostrarse confuso y justificativo de su omisión comportaría su imposición desde el **11 de noviembre de 2018**, habida cuenta que la solicitud inicial que para tales propósitos debió acogerse, es la que elevó por primera vez el 11 de julio de 2018, independientemente de que no fuera en consideración a ella sino a un alcance que finalmente se concedió el derecho a la pensión, pues, se reitera, para esa primera oportunidad ya tenía causado el derecho.

Lo anterior, teniendo en cuenta los 4 meses a partir de la primera solicitud elevada, pues como se estableció en la presente providencia, el derecho debió ser reconocido a partir del 11 de julio de 2015, sin que frente al presente concepto opere el fenómeno prescriptivo, al haber sido la demanda radicada el 20 de mayo de 2019.

Bajo tal entendido, lo procedente será disponer el pago de las mesadas causadas entre el 11 de julio de 2015 y hasta el 29 de noviembre de la misma anualidad, y el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 11 de noviembre de 2018 y hasta que se haga efectivo su pago, sobre las sumas aquí reconocidas.

Por último, y teniendo en cuenta que salieron avante parcialmente las pretensiones del recurso incoada, la sala se releva del estudio de las pretensiones subsidiarias.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 a partir del 11 de julio de 2015 en cuantía inicial de \$1.003.082, y en consecuencia, pagar a la señora Gladys Cecilia Aldana Gordillo la suma de \$4.647.610 de retroactivo de las mesadas

pensionales generadas a partir del 11 de julio de 2015 hasta el 29 de noviembre de la misma anualidad, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

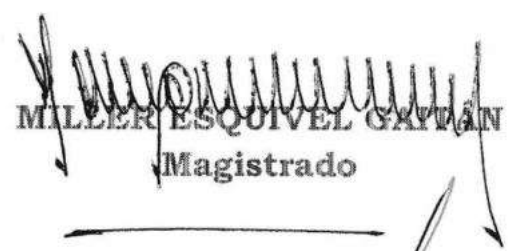
TERCERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el retroactivo aquí reconocido, a partir del 11 de noviembre de 2018 y hasta que se haga efectivo su pago, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

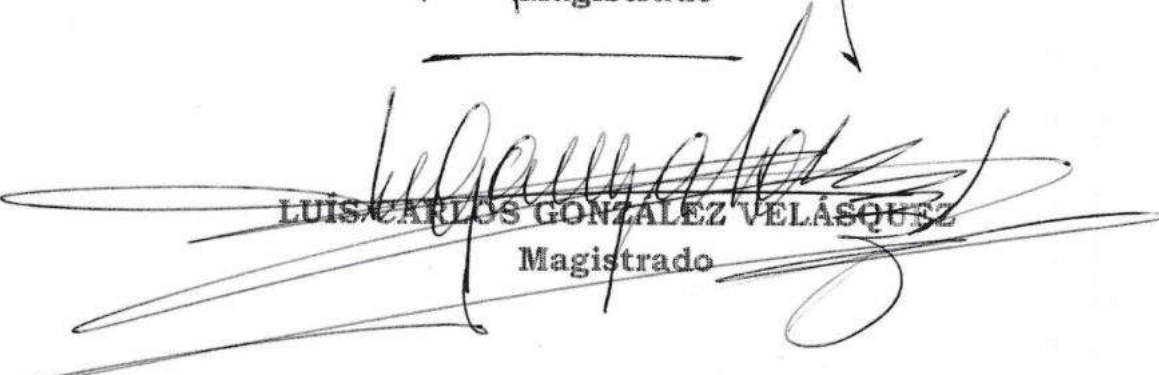
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se revocan, para que queden en favor de la demandante y cargo de la parte demandada, dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900372-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ GABRIEL BALMACEDA ARRIETA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la doctora DIANA MARCELA VARGAS JEREZ en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 8-11, así como al Dr DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ como apoderado de POVENIR conforme la documental de folios 17-21.

ANTECEDENTES

JOSÉ GABRIEL BALMACEDA ARRIETA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor total de los aportes realizados, junto con todos los rendimientos causados, el valor total del bono pensional y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses; que, se condene a COLPENSIONES a computar los tiempos cotizados al RAIS, en su historia laboral, completos y sin inconsistencias, respetando los IBC; que, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a que tiene derecho, a partir del 13 de junio de 2019; que, se conceda lo ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 13 de junio de 1957; que, estuvo afiliado al RPM, administrado por COLPENSIONES, desde el 16 de septiembre de 1988 y hasta el 31 de octubre de 1995, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PROTECCION S.A., y posteriormente, en el mes de septiembre de 2008, se cambió a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PROTECCION S.A.

Indicó que, cuando se afilió a PROTECCION S.A., el asesor le manifestó que el ISS desaparecería, por lo que su pensión estaría en riesgo de permanecer en el RPM, mientras que si se cambiaba de régimen, podría pensionarse a menor edad y con una mejor mesada; que, ni al momento de su traslado inicial, ni cuando se cambió de Administradora, recibió información acerca del monto de su mesada pensional, ni le explicaron las diferencias entre uno y otro régimen, la diferencia en el monto de la mesada pensional, los efectos de los rendimientos financieros; tampoco le informaron los pro y contras del traslado, menos aún le advirtieron acerca de la posibilidad que tenía re retornar al RPM, antes de los 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse.

Manifestó que, las AFP PORVENIR S.A., realizó una proyección de su mesada pensional, determinado que, a los 62 años recibiría la suma de \$1.381.600, mientras que, en el RPM, sería de aproximadamente \$4.368.413; que, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, y obtuvo una respuesta negativa al respecto (fls. 4-18 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (fls. 161-190 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 236-245 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante la AFP PROTECCION S.A., declaración de manera libre y espontanea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCION S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la excepción genérica (fls. 290-302 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de enero de 2021, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante al RAIS, primero con PROTECCION S.A. y luego con la AFP HORIZONTE; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta individual de la cual es titular el actor, incluyendo los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM; ordenó a PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A., incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante, sin solución de continuidad, desde su afiliación inicial al ISS; ordenó a COLPENSIONES, a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser reconocida a partir de la desafiliación del actor al Sistema; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, dentro del expediente no obra prueba de algún vicio en el consentimiento de los consagrados den el artículo 1740 del CC., esto es, el error, la fuerza o el dolo; que, se trata de un error sobre un punto de derecho, que no tiene la fuerza legal suficiente para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico suscrito entre el demandante y PROTECCION S.A.; que, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del CC., pues, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, en relación de con la ineficacia del traslado de régimen, la Corte, sólo determina la responsabilidad de probar en cabeza de las AFP, quebrando la lógica de las cargas probatorias; que, existen responsabilidades reciprocas, y por tanto, el actor, también estaba en la obligación, como consumidora financiera de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, por lo que su silencio en el tiempo, debe considerarse como una ratificación de su voluntad para permanecer en el RAIS; que, la decisión de ineficacia o nulidad del traslado de un afiliado, quiebra el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, pues, no puede reconocérsele un derecho pensional a quien no ha contribuido al RPM, poniendo en riesgo los derechos pensionales de quienes sí lo han hecho.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, por su parte, manifestó que, hubo un incumplimiento por parte del actor, en la debida diligencia y cuidado de sus negocios, por lo que mal puede beneficiarse de su propia culpa, nunca de preocupó por su estado pensional, y su inconformidad se limita a valor de la mesada pensional, pero, decidió de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen pensional y cambiar de AFP, sometiénndose a las condiciones del RAIS, pudiendo beneficiarse o no de dicho régimen, sin que puede considerarse un incumplimiento por parte de las Administradoras privadas de pensiones al deber de información; que, las prestaciones pensionales, en uno y otro régimen son diferentes y para el momento en que se efectuó el traslado del actor, no estaba en cabeza de las AFP, dejar soporte escrito de la asesoría que se realizaba, que era verbal, siendo el formulario de afiliación o traslado, el único documento que probaba la asesoría brindada; que, el deber del buen consejo y la doble asesoría surgieron mucho tiempo después del traslado del demandante, por tanto, su afiliación cumplió con los requisitos legales, teniendo total valor probatorio los formularios suscritos por él; que, no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales que esa Administradora, ha contratado debido a la destinación específica que tales valores tienen por mandato legal, cumpliendo con su cometido durante el tiempo en que el demandante,

estuvo afiliado a la AFP PORVENIR S.A.; que, no tendría sentido, teniendo en cuenta las restituciones mutuas, en caso de declararse una ineficacia del traslado del actor, al RAIS, que a la persona que deben restituírsele los aportes, se le tenga que devolver igualmente lo pago para la correcta administración de sus recursos.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso de apelación era parcial y únicamente en relación con la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que las AFP, están autorizadas legalmente para cobrar la comisión por administración para el manejo de los aportes de los afiliados y para pagar el seguro previsional que cubre los riesgos de invalidez y muerte; que, sólo es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros, generados con la buena gestión de la Administradora, sin la devolución de los gastos de administración, que ya se causaron y corresponden al pago que recibe por su buena gestión, representada en los rendimientos obtenidos, caso contrario si la comisión nunca debió existir ni haberse descontado, tampoco habría lugar al pago de rendimientos; que, de confirmarse la orden impuesta por el a-quo en ese sentido, se generaría un enriquecimiento sin causa para el demandante, quien recibiría los aportes, rendimientos y gastos de administración, sin cancelar a la AFP ningún valor por la buena gestión realizada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De otro lado, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria del fallo como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional pues se hizo de manera libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación, no existiendo una posición dominante del fondo quien cumplió con el deber del buen consejo habiendo contado múltiples oportunidades para regresar al RPM. A su vez, la AFP PROTECCIÓN también insistió en la revocatoria de la sentencia y en particular de la devolución de los gastos de administración. Finalmente, la parte actora solicita la confirmación del fallo, reiterando los argumentos de la demanda inicial y de los alegatos de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCION S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si la ineficacia del traslado del demandante atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; y, v) si procede o no la orden de devolución de gastos administración.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho

traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse

un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario solicitud de vinculación a PROTECCION S.A., de fecha 04 de octubre de 1995 (fl. 20, 303 y 327 PDF); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Horizonte, diligenciado el 01 de septiembre de 2008 (fl. 21, 246, 305 y 311 PDF); reporte de semanas cotizadas en PROTECCION S.A. (fls. 22-26 y 312-316 PDF); historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fl. 27-43 y 268-281 PDF); resumen cuenta de ahorro individual del actor en la AFP PORVENIR S.A. (fls.44-53 PDF); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.54-57 y 285-288 PDF); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y su correspondiente respuesta (fls. 58-60 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl.61 PDF); historia laboral válida para bono pensional (fls. 67-68 y 266-267 PDF); solicitudes de nulidad de traslado presentadas ante la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., con sus respuestas respectivas (fls. 69-78 PDF); certificación afiliación demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 247 PDF); consulta SIAF (fls. 248-249 PDF); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del actor en la AFP PORVENIR S.A. y en HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS (fls. 250-265 PDF); formulario solicitud de bono pensional por traslado al Fondo de pensiones PROTECCION S.A. (fl. 306 PDF); historia laboral para iniciar proceso de reclamación de bono pensional por PROTECCION S.A. (fl.308-310 PDF); reporte estado de cuenta PROTECCION S.A. (fls. 319-326 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (Archivo 02 Exp. Digital).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, él trabajaba en Carbones del Caribe, y en la empresa permitían el ingreso de unas asesores de las distintas Administradoras privadas de pensiones, y en la hora del almuerzo, en menos de 5 o 10 minutos, lo abordaron, le dijeron que las AFP eran mejor, porque tenía mejores beneficios, mejores garantías, mayores ganancias, una

pensión más alta que la del Seguro Social; que, los formularios ya venían diligenciados, pero no recuerda haberlo firmado; que, continuó trabajando hasta hace poco cuando se enteró que en el Fondo privado, no recibiría una mesada pensional acorde con sus ingresos, ni digna para su vejez, después de 40 años de trabajo; que, nunca recibió extractos; que, en la AFP PROTECCION, no le explicaron nada respecto a sus beneficiarios o qué pasaría con sus aportes en caso de no pensionarse.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a el actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas

entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 04 de octubre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CENSTIAS hoy AFP PORVENIR S.A, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

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

Ahora, en relación con la orden impuesta a PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, ninguna razón le asiste en su reproche a esas demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Como quiera que el a-quo, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor JOSÉ GABRIEL BALMACEDA ARRIETA a cargo de COLPENSIONES en los términos de la ley 797 de 2003, procede la Sala a revisar en grado jurisdiccional de consulta si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

Al respecto habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora, es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar la AFP PORVENIR S.A., toda vez que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral del afiliado, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES, sin contar aún con dichos recursos, implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de las valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

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

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

y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal cuarto la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **JOSÉ GABRIEL BALMACEDA ARRIETA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo cada demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900384-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA ESPERANZA HERRERA MENDIETA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la doctora MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 6-8, así como al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS como apoderado sustituto de PORVENIR y como apoderada principal a la Dra. JENNIFER LORENA MOLINA MESA conforme la documental de folios 24-29.

ANTECEDENTES

MARTHA ESPERANZA HERRERA MENDIETA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, a recibirla nuevamente como afiliada cotizante; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a liberarla de sus bases de datos y devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; que, se condene a las demandadas, al pago de las costas del proceso; y que, conceda la ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 13 de enero de 1965; que, inició su vida laboral el 5 de mayo de 1987, con el empleador Rica Rondo IND NAL ALIM LT, momento a partir del cual se afilió al RPM, administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, hasta el 30 de abril de 2004, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que, en visita efectuada por un asesor de la AFP PORVENIR S.A., a su lugar de trabajo, le informaron que el RPM administrado por CAJANAL y el ISS, iba a ser liquidado, por lo que, sus aportes estaban en riesgo, ofreciéndole unos beneficios para trasladarse al RAIS, como pensionarse a una edad más temprana y que el momento de su mesada pensional sería más alto que en Seguro Social; que, al completar la edad para pensionarse, podría retirar el dinero de su cuenta de ahorro individual, sin ningún inconveniente; sin embargo, no le explicaron que requería un capital determinado para obtener una pensión de salario mínimo, no se le indicó que podía retornar al RPM, antes de cumplir 47 años de edad, no le realizó una proyección, respecto al posible valor de su mesada pensional.

Indica que, el 09 de junio de 2011, se cambió a SKANDIA hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la que tampoco le brindó información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional, retornando a la AFP PORVENIR S.A., quien, según proyección del 08 de junio de 2018, le informó que su mesada pensional, a los 57 años de edad, sería de \$781.242, mientras que, en el RPM, administrado por COLPENSIONES, ascendería a \$3.229.200 aproximadamente, por lo que, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente (fls. 7-56 PDF)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle

o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 184-258 PDF).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica (fls. 294-309 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 372- PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad de la afiliación y traslado realizado por la demandante, a la AFP PORVENIR S.A, así como su posterior cambio a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM; igualmente, ordenó a la AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontando de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES, debidamente indexados a título de actualización monetaria; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la señora MARTHA ESPERANZA HERRERA MENDIETA, sin solución de continuidad, como afiliada al RPM, desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, en el presente caso, no obra ningún medio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente, respecto a que la AFP PORVENIR S.A., al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, le hubiese suministrado la información cierta, clara, suficiente, comprensible y detallada, respecto de las consecuencias que le traería a su futuro pensional, esa decisión de trasladarse a una Administradora privada de pensiones, situación que constituye una flagrante omisión a su deber de información; que, no se aportó por parte de

la AFP PORVENIR S.A., prueba de la información que se le brindó a la demandante, ni de los conocimientos, que, en temas pensionales, tenía el asesor, que tramitó la vinculación de la actora, siendo que la AFP, era la parte que estaba en mejor posición de probar, lo que alegó desde su escrito de contestación; que, el formulario de afiliación, no constituye un medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar que a la demandante, se le proporcionó la información adecuada, veraz y requerida para su traslado; y que, su posterior cambio de administradora, no subsanan la falta al deber de información que se presentó al momento del traslado inicial.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM, pues, se encuentra a menos de 10 años para acceder al derecho pensional; que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo; que, de presentarse un error, éste fue de derecho, que no conlleva la ineficacia del negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A.; que, a las Administradoras de fondos de pensiones, no les corresponde la carga de prueba, sino a la afiliada, en cumplimiento de sus obligaciones de consumidor financiero; que, el deber de información sólo se materializó hasta el año 2014, por lo cual, las administradoras privadas de pensiones, sólo cuentan con el consentimiento vertido por sus afiliados, en los formularios de afiliación, para probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, por su parte, manifestó que, para el momento en que se realizó el traslado de la demandante, el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en que las AFP, debían brindar información, como tampoco contemplaban el deber de documentar la asesoría, bastando únicamente con el formulario de afiliación, por lo que, no tiene sentido que se requieran pruebas que soporten dicha asesoría, cuando para el momento de la afiliación, no se requerían; que, la actora, sí conocía los beneficios características, condiciones y consecuencias del traslado de régimen pensional, pues, realizó varios cambios de Administradora, dentro del RAIS, y, aunque esto no sana las posibles falencias de su traslado inicial, sí demuestran que recibió capacitación al respecto y su voluntad de pensionarse en dicho régimen, demostrando una correspondencia entre su voluntad y su acción; que, la inconformidad de la demandante, solo se presentó cuando acercándose a la edad para recibir

la pensión de vejez, advierte una diferencia en el valor de mesada en uno y otro régimen pensional, lo que no necesariamente implica que las Administradoras, incumplieron con su deber de información; solicita que, en caso de confirmarse la decisión de Primera Instancia, se revoqué la condena relacionada con la devolución de gastos de administración, ya que, estos tienen por mandato legal, una destinación específica, que, esa AFP, cumplió plenamente durante el periodo que la actora, estuvo afiliada, por lo que, dichos valores, ya fueron invertidos en la forma prevista en la Ley, y no se encuentran en poder de esa Administradora.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., indicó que, su recurso se limita al tema de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, pues, los mismos corresponden a una contraprestación por la gestión de administración que adelanta la AFP, y además, están destinados a sufragar la póliza para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, obligación que es de tracto sucesivo, se paga de forma mensual y de la cual fue beneficiaria la actora, durante su afiliación a esa AFP; que, en caso de efectuar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, más los rendimientos y los aportes de la demandante, se podría incurrir en un enriquecimiento son justa causa, ya que, de haber permanecido en el RPM, esta se hubiesen causado, ni nunca los hubiera recibido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional De otro lado, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria del fallo como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional pues se hizo de manera libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación, no existiendo una posición dominante del fondo quien cumplió con el deber del buen consejo habiendo contado múltiples oportunidades para regresar al RPM. Por último, la parte actora solicita la confirmación del fallo, reiterando los argumentos de la demanda inicial y de los alegatos de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., la Sala, deberá determinar

si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, iv) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la***

administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de***

escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron, peticiones y respuestas de las demandadas (fls. 73-93 PDF); historia laboral de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 95-107 y 448-460 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 108-116 PDF); simulación pensional (fls. 118-124 y 441-446 PDF); certificación afiliación de la actora a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS (fl. 128 PDF); reporte de semanas cotizadas en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS (fls. 310-313 PDF); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias Skandia, diligenciado el 09 de septiembre de 2011 (fl. 316 PDF); estado de la cuenta de ahorro individual de la demandante en OLD MUTUAL Fondo de Pensiones Obligatorias (fls. 320-328 PDF); consulta SIAF (fls. 423-427 PDF); formularios solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., suscritos el 30 de abril de 2004 y el 14 de agosto de 2014 (fls. 429 y 431 PDF); formulario único de vinculación al fondo de pensiones voluntarias Porvenir, de fecha 25 de agosto de 2006 (fl. 433 PDF); formulario de información historia laboral para la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 435 PDF); certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 462 PDF); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro de la actora en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 464-489 PDF); relación de aportes efectuados a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 491-499 PDF); certificación de aportes trasladados por la AFP PORVENIR S.A a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS (fl. 501 PDF); resumen de historia laboral para bono pensional (fls. 503-511 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, para el año 2004, se encontraba trabajando en el área de tesorería de una empresa, donde reunión a un grupo de trabajadores, fueron las Administradoras de pensiones AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A., a ofrecer los beneficios que estaban dando, porque el Seguro Social, se iba a acabar, entonces, el asesor de la AFP PORVENIR S.A. le informó que, debían tener cuidado con sus aportes; que, le ofrecieron pensionarse a temprana edad o en forma anticipada; que, tendría una pensión superior a la que le correspondería en el ISS; que, en caso de fallecimiento, la pensión le quedaría a sus herederos, que, si no se quería pensionar, podría retirar el dinero, razones por las que aceptó el traslado; que, no le realizaron una proyección del valor de su pensión, ni en uno ni otro régimen; que, se cambió a OLD MUTUAL, porque cambió de trabajo y fueron asesores de esa AFP, a la nueva empresa, ofreciéndole mejores rendimientos y por eso decidió cambiarse de Administradora, pero decidió devolverse a la AFP PORVENIR S.A., porque el asesor le dijo que su dinero iba a generar mejores rendimientos allí que en cualquier otro fondo; que, nunca, antes de cumplir 47 años de edad, le informaron la posibilidad que tenía de retornar al RPM; que, decidió demandar, porque nada de lo que le ofreció la AFP PORVENIR S.A., se va a cumplir, pues, ni recibirá una pensión más alta que en el RPM, ni podrá pensionarse anticipadamente; que, nunca se acercó a COLPENSIONES, para solicitar información; que,

cuando se acercaba a las Oficinas de la AFP PORVENIR S.A., para pedir información, siempre le dijeron que la respuesta a sus peticiones escritas llegarían a su domicilio.

También absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., indicó que, el asesor que realizó el traslado inicial de la demandante, a esa Administradora, fue el señor Edgar Benítez, administrador de empresas, quien estaba capacitado por esa AFP, en temas de Seguridad Social; que, no existe prueba adicional al formulario de afiliación suscrito por la actora, en el año 2004, respecto a la información brindada por el asesor, de forma verbal, sumado a que para ese entonces no se requería dejar ningún registro escrito adicional; que, tampoco para el año 2014, cuando la actora retornó de OLD MUTUAL, existe documento adicional al formulario de vinculación; que, para el año 2004, no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales; que, las asesorías se realizaban teniendo en cuenta las características de los dos regímenes; que, para el año 2004, todas las Administradoras de pensiones, informaron a sus afiliados, a través de un diario a amplia circulación nacional, la posibilidad que tenían retornar al RPM.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la

demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 30 de abril de 2004, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto. sin que los posteriores cambios de Administradora, a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y nuevamente a la AFP PORVENIR S.A, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esas demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA ESPERANZA HERRERA MENDIETA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y

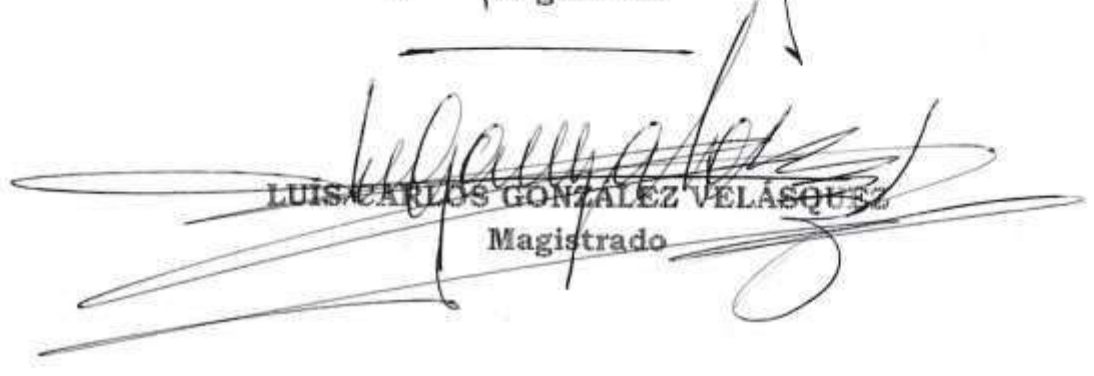
CESANTIAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021201900409-01

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

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 03 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLEMENTE SALAZAR HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**. No sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la doctora LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, obrantes a folio 170 a 173

ANTECEDENTES

CLEMENTE SALAZAR HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se declare la nulidad absoluta de su traslado y afiliación al RAIS, atendiendo el error y falta de información con la que se vinculó, quedando inscrito al RPM; que, se ordene a COLPENSIONES, inscribirlo como su afiliado; y, en consecuencia, que se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con el pago de una indemnización económica, por

los perjuicios materiales y morales causados; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las agencias en derecho y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 24 de octubre de 1957; que, inició su vida laboral en el mes de marzo de 1995 cotizando al ISS hoy COLPENSIONES, hasta febrero de 1995, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A.

Refiere que, su traslado de régimen se produjo por una asesoría comercial, sin ningún tipo de explicación racional, clara y objetiva de todos y cada uno de los efectos jurídicos que implicaría esa decisión para su futuro pensional; que, nunca le hicieron un comparativo entre cada uno de los regímenes, simplemente, para inducirlo al error, le dijeron que podría pensionarse de forma anticipada, con una cuantía superior a la que podría reconocerle el RPM, que, el Seguro Social sería liquidado y la única posibilidad de recuperar su dinero era afiliándose a una AFP, donde los aportes se convertirían en un bono pensional.

Indica que, el 28 de febrero de 2018, mediante derecho de petición solicitó a COLFONDOS S.A., una proyección del valor de su mesada pensional, informándole que sólo podía acceder a la garantía de pensión mínima, mientras que, en el RPM, de acuerdo al tiempo cotizado, le correspondería una mesada aproximada de \$2.007.449, por lo que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente por dichas Administradoras (fls. 2-10 y 55-65).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada y genérica (fls. 71-90).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a

COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia de perjuicios (CD fl. 106).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de mayo de 2021, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, declarándolo válidamente vinculada al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación, tales como aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por éstos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, concediendo para ello el término de un mes; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante, en el RPM, y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentado que, el demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que, no se acreditaron los vicios del consentimiento error, fuerza o dolo; que, respecto a la ineficacia del traslado por la falta al deber de información, de las pruebas obrantes en el expediente y las recaudadas en el curso del proceso, se puede determinar que COLFONDOS S.A., sí le brindó información al demandante, con anterioridad a la suscripción del formulario del traslado, firmado por el demandante, de forma voluntaria y libre, razones suficientes para revocar la decisión impugnada; resaltando que las declaraciones de ineficacia de los traslados efectuados al RAIS, contribuyen a la descapitalización del Sistema Pensional

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, Colpensiones solicito revocar el fallo de primera instancia debido a que el demandante firmo el formulario de afiliación, sin hacer ninguna salvedad en cuanto a la información brindada., por su parte Colfondos peticiono revocar el fallo ya que informo de manera adecuada y completa a la demandante sobre su vinculación.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; y iii) si la decisión de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta

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

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

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

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

Debe de forma adicional, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que

debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario de actualización de información del afiliado de COLFONDOS S.A., diligenciado el 11 de marzo de 1996 (fl. 13); extracto de la cuenta de ahorro individual del demandante en COLFONDOS S.A., (fls.14-19); historia laboral del Fondo de Pensiones Obligatorias COLFONDOS S.A. (fls. 20-28 y CD fl. 106); solicitud de nulidad del traslado al RAIS, presentada ante COLFONDOS S.A. y su correspondiente respuesta (fls. 29-36); formulario solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., diligenciado el 28 de febrero de 1995 (fl. 37); simulación pensional elaborada por COLFONDOS S.A. (fls. 38-39); reporte de días cotizados en COLFONDOS S.A. (fls. 40-42) resumen de historia laboral valida para bono pensional (fl. 43); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y su contestación (fls. 44-47); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 91); consulta SIAF (CD fl. 106).

También absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de COLFONDOS S.A., quien manifestó que, esa Administradora, capacita a los asesores, para que den una información clara y suficiente acerca del traslado que formula cada afiliado, cuando quieren cambiarse de régimen.

Por su parte, el demandante, quien también absolvió interrogatorio de parte, indicó que, no recordar la fecha de su traslado, pero sí unos asesores de COLFONDOS S.A., fueron a la empresa donde trabajaba, a ofrecerle el cambio a esa Administradora, hicieron una reunión grupal, les dijeron que el ISS, estaba quebrado y debían trasladarse lo antes posible, para no perder sus aportes, no les dijeron qué era lo bueno o por qué debían afiliarse cambiarse de régimen, simplemente eran insistentes en la quiebra del Seguro Social, que se podían pensionar a cualquier hora y en cualquier momento, pero no hubo una explicación concreta y concisa acerca de lo que era esa AFP; que, no lo leyó el formulario de afiliación, pero lo firmó presionado por el posible cierre del ISS.

Igualmente, rindió testimonio el señor LUIS ALBERTO ARIAS RIVERA, quien ratificando la declaración extraproceso obrante a folio 48, dijo ser compañero de trabajo del demandante, que, hubo una campaña agresiva de los asesores de las Administradoras privadas de pensiones, fueron a la empresa, diciendo que el ISS se iba a acabar, y la opción era trasladarse, pero no explicaban nada de los beneficios o las consecuencias de ese cambio

podría traer, entonces algunos compañeros, entre ellos el demandante, con los ojos vendados se pasaron.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, enseñó de manera incompleta las calidades del

producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 28 de febrero de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

De otra parte, debe igualmente indicarse que, la decisión del a-quo, al declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLEMENTE SALAZAR HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

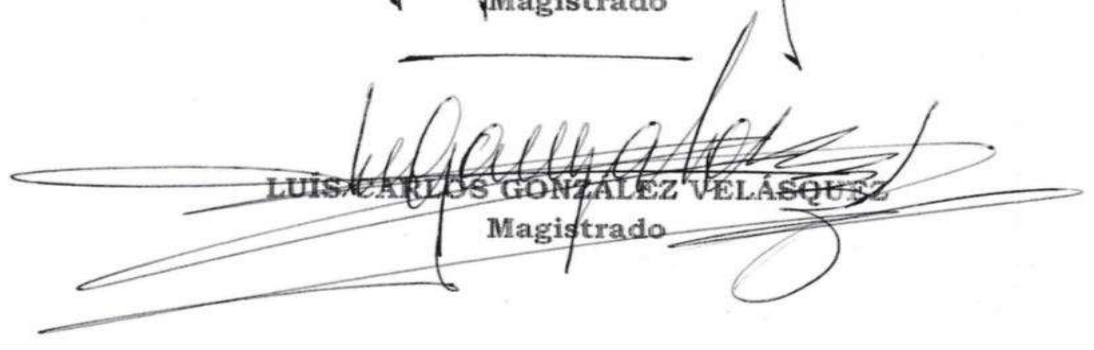
Los magistrados



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900416-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de febrero de 2021, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA LUISA MERA CAVIEDES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. AMANDA LUCIA SAMUDIO VELA, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 09 a 12 vto, y como apoderada principal de PORVENIR a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. AMANDA LUCIA SAMUDIO VELA, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 09 a 12.

ANTECEDENTES

MARIA LUISA MERA CAVIEDES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, se declare la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordene

su retorno al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese ido de dicho régimen, en virtud del principio de favorabilidad; que, se ordene a PROTECCION S.A., la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiesen causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir, con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o los gastos de administración o cualquier otro que se hubiese generado en aplicación del artículo 963 del CC; que, se condene a PROTECCION S.A., a continuar pagando la pensión de vejez, en caso de haberse reconocido previamente, hasta tanto sean trasladados la totalidad de los recurso y sea incluida en nómina de pensionados en el RPM; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho del proceso y por resolución desfavorable de excepciones previas, incidentes o nulidades propuestas por la parte demandada.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el 10 de enero de 1991 y cotizó al RPM hasta el 24 de abril de 1995, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación efectuada a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A.-

Refiere que, el asesor de COLMENA S.A., se limitó a diligenciar el formulario de afiliación preestablecido, sin brindarle ninguna información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, comparando las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, ni indicarle las implicaciones de esa decisión, para su futuro pensional; que, no le entregó una proyección del posible valor de la mesada pensional en uno y otro régimen, ni le indicó la edad y capital que debía ahorrar para acceder al derecho pensional en el RAIS; tampoco, se le advirtió acerca de la posibilidad que tenía de retractarse y retornar al RPM.

Manifiesta que, el asesor de COLMENA S.A., restringió su asesoría a decirle que podía pensionarse a una edad más temprana, con una mesada pensional más alta que en RPM y que, el ISS, iba a desaparecer, por lo que, de no trasladarse, sus aportes estaban en riesgo; que, PROTECCION S.A., recientemente, le realizó una proyección del posible valor de su mesada pensional y haciendo un estudio comparativo del cálculo actuarial, la mesada pensional que podría obtener en COLPENSIONES, sería superior; que, solicitó a las demandadas, anular su afiliación al RAIS, sin obtener respuesta favorable al respecto (fls. 4-38 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (fls. 298-316 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, pese a ser notificada, no presentó escrito de contestación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al RAIS; ordenó a PROTECCION S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta individual de la cual es titular la actora, incluyendo los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM; ordenó a PROTECCION S.A., incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante, sin solución de continuidad, desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y condenó en costas a PROTECCION S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES y PROTECCION S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, esta clase de procesos, en los que se demanda la ineficacia del traslado al RAIS, pretende volver las cosas a su estado anterior, sin que se logre demostrar que antes de su afiliación al RAIS, haya estado afiliada al ISS o COLPENSIONES, sino a CAJANAL y FONPRENOR; que, no cumple con los requisitos legales para retornar al RPM, por encontrarse en la

prohibición legal, además, su afiliación a la Administradora privada, se realizó en uso de la facultad legítima de libre selección de régimen pensional, se trata de un acto válido, con el lleno de todos los requisitos legales; que, es deber de los afiliados, informarse adecuadamente respecto a qué productos adquirió, hubo falta de intereses y poca interacción de la actora, en toda su vida pensional, más aún cuando por la profesional de la demandante, debe tener conocimientos básicos de Seguridad Social.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso de apelación era parcial y únicamente en relación con la devolución de comisiones de administración y seguro previsional, teniendo en cuenta que, las primeras se deducen por una disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente, se trata de comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante; que, en el hipotético caso de considerar que PROTECCION, no cumplió con su deber de administración y que se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, tampoco deben retornarse los rendimientos, porque, la consecuencia de la ineficacia es devolver las cosas a su estado anterior, cuando no se generaron ni rendimientos, gastos de administración ni otros emolumentos; que, el seguro previsional, mensualmente se descontó y pagó a una Aseguradora, para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que esa AFP, se encuentra imposibilitada para recobrárselo y enviarlo a COLPENSIONES; que, la Aseguradora, es un tercero de buena fe, ajeno al contrato suscrito entre la parte actora y PROTECCION.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada COLPENSIONES solicito que esta se absuelva de todas las pretensiones incoadas por la demandante, por otra parte, alega que no se debe conceder la ineficacia del traslado dando prevalencia al interés general y sobre particular en la búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante,

al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si antes de afiliarse a PROTECCION S.A., la demandante, perteneció al RPM, pese a no haber cotizado al ISS, sino a CAJANAL y FONPRENOR; en caso afirmativo, ii) si PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; iii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCION S.A.; iv) si el nivel profesional que ostenta la demandante, es sea argumento suficientemente valido, para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información; y, v) si procede o no la orden de devolución de gastos administración.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como

*emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan***

el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, recibos de pago cuota de afiliación a CAJANAL (fls. 54-83 PDF); solicitud nulidad traslado presentada en PROTECCION y su respuesta (fls. 84-86 y 102-105 PDF); formulario solicitud de vinculación a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA de fecha 24 de septiembre de 1995 (fl. 87 PDF); comunicación de fecha 24 de abril de 1995 enviada por la demandante a su empleador Notaria Catorce, informando el cambio de régimen pensional (fl. 88 PDF); historia Laboral PROTECCION S.A. (fls. 89-97 PDF); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES, con su respectiva respuesta (fls. 98-101 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (Archivo 02 Exp. Digital).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, en 1995 trabajaba en la Notaria Catorce, venía cotizando a CAJANAL y posteriormente, los vincularon a FONPRENOR, que era la Caja que manejaba las pensiones de notariado, corría el rumor que CAJANAL, el ISS y en general, las Cajas del Estado, donde los trabajadores aportaban a pensión se iban a acabar y sólo quedarían las Administradoras privadas de pensiones, entonces el Notario, que era su jefe, preocupado por esa situación dijo que tendría que mirar a dónde afiliaría a los trabajadores, entonces, un día los llamaron y les informaron que los trasladaban a una AFP, porque así lo había decidido su empleador, firmó el formulario de afiliación a COLMENA, que ya iba diligenciado, pero nunca hubo una explicación respecto a qué era lo más favorable en uno y otro lado; que, muy joven trabajó para una empresa, por 2 o 3 meses, donde le cotizaron al Seguro Social, pero lamentablemente no tiene un soporte de esa afiliación o el pago de esas cotizaciones y no aparecen registrados en COLPENSIONES; que, confió en que las AFP iban a reemplazar a las Cajas y Administradoras públicas de pensiones, y por eso nunca acudió a buscar información, sino hasta hace poco tiempo, cuando trabajaba en la Alcaldía de Fontibón, hubo una feria de Fondos y Cajas de Compensación, estaba Colpensiones, ella se acercó a preguntar, porque estaba acercándose a la edad para pensionarse, y allí se enteró que ya no podía retornar al RPM.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLMENA hoy PROTECCION S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARÍA LUISA MERA CAVIEDES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el

régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y es que, en el presente caso, quedó demostrado que la afiliación de la demandante, al RAIS, se dio por una imposición de su empleador, que, no le dio opción distinta, para seleccionar otra Administradora de Pensiones, sino que, como lo advierte la actora, al absolver interrogatorio de parte, debido al posible cierre de las distintas Cajas de previsión social públicas, su jefe decidió que debían afiliarse a COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS y ella, se limitó a firmar el formulario que le entregaron, el cual ya venía diligenciado, sin recibir ninguna asesoría, ni explicación relacionada con el cambio de régimen pensional.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de no haber demostrado la actora, una afiliación al ISS, anterior a su traslado al RAIS, no significa que no haya estado afiliada al régimen de Primera Media con Prestación Definida, pues, como lo ha señalado la jurisprudencia, antes de la Ley 100 de 1993, existían múltiples entidades que cumplían la función de administrar las pensiones de los trabajadores, pero, se reconocen como entidades del RPM, por lo tanto, mal puede decirse, como lo afirmó la apoderada de COLPENSIONES, que sólo con la afiliación a PROTECCION S.A., la actora, se vinculó a un régimen pensional, cuando con su afiliación a CAJANAL y FONPRENOR, acreditó haber cotizado a pensión, en el RPM; al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 08 de septiembre de 2021, radicación 83538, señaló que:

“... inicialmente debe destacarse que las Leyes 6ª de 1945 y 90 de 1946 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes

pensionales en los sectores de trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley». Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3191-2021). En la segunda decisión la Sala indicó:

(...) cabe aclarar que los trabajadores que continuaron inscritos en los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para el sub lite en el régimen de prima media de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, por ser un hecho indiscutido que el actor se mantuvo durante la vigencia del vínculo laboral afiliado a dicha entidad, se tiene que Cajanal para efectos de la pensión sanción, debe considerarse una entidad administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En dicha perspectiva, es evidente que el Tribunal se equivocó al considerar que la accionante se había afiliado por primera vez al sistema de pensiones, pese a que de tiempo atrás estaba afiliada al régimen de prima media a través de Cajanal EICE.

Ahora, es oportuno señalar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, que ordenó la supresión y liquidación de esa entidad de previsión social, también dispuso el traslado de sus afiliados al ISS.

Asimismo, que si bien el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los

correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», en este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -15 de junio de 1994- y migró al RAIS no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones pensionales (CSJ SL2208-2021).

Conforme lo anterior, el Tribunal debió tener en cuenta que en el caso en que se acreditara la ineficacia del traslado que ejerció la accionante de Cajanal al régimen de ahorro individual con solidaridad, el regreso al statu quo implicaría que aquella debía ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, que asumió esta obligación de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011...”

En tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas; máxime cuando, se reitera, en el presente caso, la actora, ni siquiera recibió información respecto a las ventajas del RAIS, simplemente su empleador, decidió que sus trabajadores, entre ellos la demandante, debían afiliarse a una AFP, por lo que, en el presente caso, existe una carencia total de consentimiento informado por parte de la demandante, quien se limitó a firmar el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, por indicación de su empleador, pero que, como se extrae del interrogatorio de parte absuelto por ella, nunca se enteró de las desventajas y consecuencias que traería para su futuro pensional, la suscripción de dicho documento.

De ahí que, existió error de hecho cuando el empleador de la demandante, para el año 1995, obstruyó el derecho a la libre elección de régimen

pensional de su trabajadora, ya que, no le dio la oportunidad de seleccionar voluntariamente la Administradora de pensiones, a la que ésta deseaba pertenecer; omitiendo la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., tanto en la suscripción del formulario, como durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha AFP, cualquier asesoría o explicación acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional; alterando la realidad del derecho al que la actora aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a la COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 24 de abril de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

De otra parte, tampoco resulta valido el argumento expuesto respecto al nivel profesional que ostenta la demandante, y la correspondiente responsabilidad de comportarse como un verdadero consumidor financiero, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta.

Finalmente, en relación con la orden impuesta a PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, ninguna razón le asiste en su reproche, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

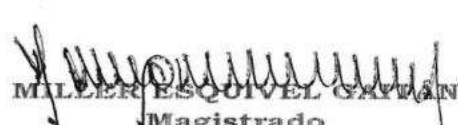
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero de 2021 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIA LUISA MERA CAVIEDES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

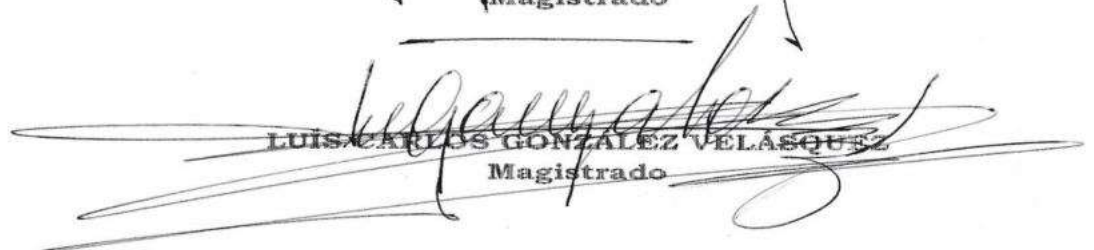
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105010201900461-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AMANDA CARRANZA SANABRIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a la doctora MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES.

ANTECEDENTES

AMANDA CARRANZA SANABRIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se condena a COLFONDOS S.A., a registrar en su sistema de información que no se efectuó ninguna vinculación válida a esa

administradora; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todo recibido por su vinculación a esa Administradora; que, se condene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación al RPM, a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 17 de septiembre de 1958; que, aportó al ISS, desde el 20 de diciembre de 1978 y hasta el mes de septiembre de 1999, fecha a partir de la cual se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS y posteriormente, en el año 2001, se cambió a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A; sin que, ni al momento de su traslado inicial al RAIS, ni cuando cambió de Administradora, recibiera asesoría profesional, completa y comprensible de las diferentes alternativas para la elección de un régimen pensional, no se le explicaron las ventajas de quedarse en el RPM, ni las implicaciones de trasladarse al RAIS, nada se le explicó acerca de la naturaleza propia del rendimiento y en general del régimen de capitalización.

Indicó que, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, pero obtuvo una respuesta desfavorable al respecto (fls. 103-124 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (fls. 139-146 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 192-215 PDF).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, presentó escrito de allanamiento a los hechos y pretensiones de la demanda (fl. 234 PDF), que no fue aceptado por el Juzgado de Instancia, por lo que, mediante auto del 26 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda, por parte de esta demandada (Archivo 04 Exp. Digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de septiembre de 2021, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A. y su posterior traslado a la AFP PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó su regreso automático, sin solución de continuidad, al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a hacer entrega a COLPENSIONES, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de todos los valores que hubiese recibido esa Administradora, con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado y así mismo a realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración, debidamente indexados; condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración, debidamente indexados, descontados a la demandante, durante el tiempo de su afiliación.

También, condenó a COLPENSIONES a que, una vez ingrese los valores devueltos por las AFP demandadas, impute y actualice las semanas cotizadas en el RAIS, en la historia laboral de la actora, para efectos pensionales; declaró no probadas las excepciones propuestas y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, señaló que su recurso era parcial y sólo en relación con los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, que se descuentan conforme a una disposición legal, tanto en el RAIS, como en el RPM, y, no se podían dejar de descontar a la demandante, pues, los mismos tienen una destinación específica como es la adquisición de una póliza de seguro previsional, con la que se cubrió a la demandante, durante el tiempo que ésta permaneció en esa AFP; que, otra parte se destina a la administración e inversión de los fondos, y como producto de dicha labor, se obtuvieron los rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que, la orden de indexar dichos valores, no tuvo en cuenta que estos saldos o aportes de la actora, se mantienen actualizados por los rendimientos que se generan con la administración de los fondos privados; que, todos los aportes y rendimientos fueron trasladados a la AFP PORVENIR S.A., por lo que, no tendría la

obligación de devolver ningún saldo y en caso de mantener esta decisión, se estaría retornar a la actora, más del 100% de lo que ella cotizó; que, no se demostró perjuicio alguno por parte de la demandante, por tanto, no se justifica la orden de indexación; que, esos gastos de administración son susceptibles de la prescripción, porque tales dineros no contribuyen directamente al pago del derecho pensional.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, esa Administradora, veló por el cumplimiento del deber legal de la libre escogencia de régimen pensional, desconociendo los principios de confianza legítima, inescindibilidad de la norma y sostenibilidad financiera, al omitir la prohibición legal de retornar al RPM, faltándoles 10 años o menos a la actora, para cumplir la edad para acceder a su derecho pensional; que, la demandante, se afilió al RAIS, de manera libre y voluntaria, ratificando su decisión, con una permanencia de más de 20 años en el régimen, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna para su retorno al RPM, sustentando ahora su inconformidad en el hecho de que en el RPM, no tendrá afectaciones económicas; que, se le resta valor al formulario de afiliación, documento que para la fecha de afiliación de la actora, cumplía con los requisitos de existencia y validez, y manos aún puede considerarse que por no existir otra documental, esa AFP no le brindó la información suficiente y requerida en ese entonces para su traslado de régimen o no haya dispuesto los canales de atención para aclarar cualquier inquietud que tenía la parte actora; que, la actora, no cumplió con sus deberes de afiliada, no hizo uso de los canales de atención gratuitos que dispone la Administradora, para averiguar por su afiliación; que, de manera explícita el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y concepto de la Superintendencia Financiera, señalan que en caso de ineficacia del traslado al RAIS, sólo procede la devolución de los aportes, rendimientos, por lo que, no resulta posible también retornar los gastos de administración, omitiendo que éstos se generan sobre la cobertura y debida administración de la cuenta de ahorro individual, que obtuvo unos rendimientos y beneficiaron el capital de la actora, y generaría un enriquecimiento sin justa causa, pues no contribuyen a la pensión; solicita que no se interponga condena en costas en Segunda Instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido Colpensiones solicita se revoque el fallo ya que tanto la ley como la jurisprudencia aplicable al caso que nos ocupa, no es procedente el traslado de régimen solicitado por la parte actora., Entre tanto porvenir insiste en revocar el fallo por cuanto en este asunto no se acredita la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante., La parte demandante peticiono confirmar el fallo ya que no se hizo esfuerzo alguno probatorio concreto y menos de alta contundencia argumentativa y probatoria

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la AFP PORVENIR S.A., y, conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si las demandadas COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., cumplieron con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado inicial, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, iv) la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional; v) si procede la orden de devolución de gastos administración o sin son susceptibles del fenómeno de la prescripción; y vi) si se debe imponer costas en Segunda Instancia a la AFP PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

libertad informada.

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

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

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

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

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

su decisión sea concreta y real.

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y Pensiones obligatorias COLFONDOS, suscrito el 12 de agosto de 1999 (fl. 4 PDF); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías de fecha 29 de octubre de 2001 (fl. 5 y 217 PDF); reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 6-17 PDF); historia laboral consolidada (fls. 18-29 PDF); reclamación administrativa y solicitud de nulidad traslado RAIS, presentada por la demandante, ante las demandadas (fls. 30-31 PDF); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 32-35 PDF); respuesta de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., a las peticiones de la demandante (fls. 37-41 PDF); consulta SIAF (fl. 218 PDF); certificado de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 221 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (archivo 06 Exp. Digital).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., indicando que, la información brindada a la demandante, al momento de su afiliación con Horizonte, fue pertinente y relacionada con el Sistema General del Pensiones, fue verbal, el personal de la AFP, se encontraba capacitado para indicarle lo propio del sistema pensional, del RAIS y del RPM; que, se le informó a la demandante, que de trasladarse del RPM al RAIS, se generaría un bono correspondiente a los dineros que deben pasar de uno a otro régimen para hacer parte de su cuenta de ahorro individual; que, se le informó la posibilidad de devolución de saldos en caso de no cumplir los requisitos legales para pensionarse, así como la volatilidad de sus ahorro en la cuenta individual, por la rentabilidad que se genera en esa cuenta de ahorro; que, para su afiliación el asesor le indicó a la actora, las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, pero de manera verbal, ya que para ese entonces no existía la obligación de hacerlo de forma documentada; que, la actora no tenía una derecho pensional consolidado al momento de su afiliación con esa Administradora, ni pertenecía al régimen pensional;

que, los asesores, antes de ejercer su función, deben pasar por una serie de capacitaciones sobre el Sistema de Seguridad Social, tanto del RAIS, como el RPM, además tienes unos lineamientos para explicarle a los posibles afiliados, en especial las características propias de RAIS.

El representante legal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, informó que, para la fecha de traslado de la demandante al RAIS y de afiliación a esa Administradora, no existía la obligación legal de documentar la información brindada, sólo el formulario de afiliación donde se dejaba constancia de la voluntad y deseo del trabajador de vincularse con esa AFP; que, los asesores de COLFONDOS S.A., tienen una capacitación donde se les da a conocer todo lo relacionado con el Sistema General de Pensiones, por lo tanto, el asesor que tramitó la afiliación de la demandante, estaba en toda la capacidad para informarle las condiciones, ventajas, características financieras de cada uno de los regímenes para que ella tomada la decisión de trasladarse o no, por lo que, el asesor, tuvo que haberle informado acerca de las distintas modalidades pensionales y la forma de liquidación del derecho pensional en el RAIS, a diferencia del RPM.

DE otra parte, la demandante, señaló que, para la época de su traslado a COLFONDOS S.A., estaba trabajando en la Clínica la Carolina, que, no conoció al asesor, simplemente le llevaron un formulario para que firmara diciéndole que era para el traslado del fondo de cesantías, más no de pensión, se lo entregó una compañera, porque ella se encontraba en una cirugía en ese momento; que, ella nunca solicitó un cambio de Administradora de pensiones, sino que su empleador, estaba buscando un nuevo fondo para la consignación de cesantías, eso fue lo que le dijeron y por eso ella firmó los formularios; que, ella no leyó los formularios, ni ha recibido extractos o documento de ninguna AFP; que, se enteró que se encontraba afiliada al RAIS, cuando se retiró de la Clínica la Carolina, allí se enteró que no estaba en el Seguro Social; que, sus certificados de nómina, siempre indicaban que los aportes a pensión iban al Seguro Social; que, su intereses en retornar a COLPENSIONES, es el respaldo del Estado, que no tienen los fondos privados, que posiblemente podrían fracasar; que, desconoce las condiciones y características del RAIS, pues, nunca recibió una asesoría al respecto.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora AMANDA CARRANZA SANABRIA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al

capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y es que, en el presente caso, quedó demostrado que la afiliación de la demandante, al RAIS, se dio por una imposición de su empleador, que, no le dio opción distinta, para seleccionar otra Administradora de Pensiones, sino que, como lo advierte la actora, al absolver interrogatorio de parte, firmó un formulario con el convencimiento de que era la afiliación al Fondo de cesantías, pero nunca le explicaron que se trataba de su traslado de régimen pensional, ni menos aún tuvo la visita de un asesor o se le brindó alguna información respecto a las implicaciones que tendría para su futuro pensional la suscripción de ese documento.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas; máxime cuando, se reitera, en el presente caso, la actora, ni siquiera recibió información respecto a las ventajas del RAIS, simplemente firmó un formulario que pensó era su afiliación a un fondo de cesantías, pero nunca se percató del traslado de régimen pensional, pues, hasta sus desprendibles de nómina señalaban al Seguro Social como su Administradora de pensiones, por lo que, en el presente caso, existe una carencia total de

consentimiento informado por parte de la demandante, quien se limitó a firmar el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., por indicación de su empleador, pero que, como se extrae del interrogatorio de parte absuelto por ella, nunca se enteró de las características, ventajas, desventajas y condiciones del RAIS.

De ahí que, existió error de hecho cuando el empleador de la demandante, para el año 1999, obstruyó el derecho a la libre elección de régimen pensional de su trabajadora, ya que, no le dio la oportunidad de seleccionar voluntariamente la Administradora de pensiones, a la que ésta deseaba pertenecer; omitiendo COLFONDOS S.A., tanto en la suscripción del formulario, como durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha AFP, cualquier asesoría o explicación acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional; alterando la realidad del derecho al que la actora aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 12 de agosto de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

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

De otra parte, en relación con la orden impuesta a COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino

también los gastos de administración, ninguna razón les asistes en su reproche a esas demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS, son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos

normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

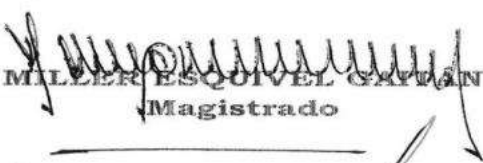
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **AMANDA CARRANZA SANABRIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

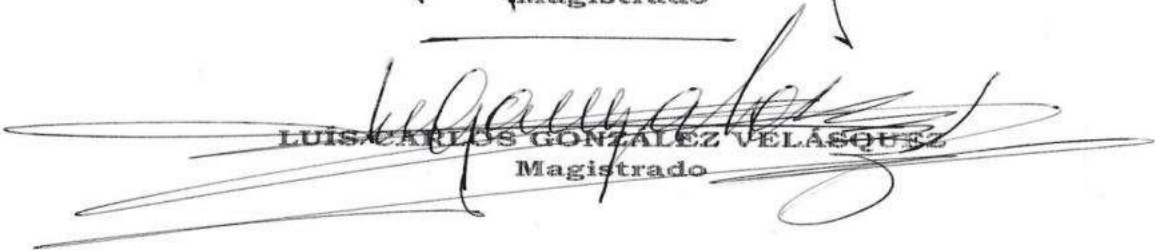
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201900486-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de febrero de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUPE DEL PILAR ROJAS LEON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería como adjetiva al para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a la doctora MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES obrantes a folios 145 a146.

ANTECEDENTES

LUPE DEL PILAR ROJAS LEON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, efectuado el 06 de mayo de 1994, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen

pensional; y, en consecuencia, retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES, incluirlo entre sus afiliados, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 06 de octubre de 1968; que, se trasladó del ISS al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., el 06 de mayo de 1994, sin que se le brindara información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas que se le otorgaban en uno y otro régimen pensional, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró acerca de los beneficios que podría obtener en el RAIS.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación del valor de su mesada pensional, advirtiéndole que ésta sería ostensiblemente superior en el RPM, por lo que, reclamó ante COLPENSIONES, la nulidad de traslado al RAIS, obteniendo una respuesta desfavorable al respecto (fls. 2-8).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas la **AFP PORVENIR S.A.**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica (fls. 70-87).

Por auto del 03 de diciembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **COLPENSIONES** (fl. 96).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de febrero de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante al RAIS; en consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, sin imponer condena en costas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, evaluados los elementos probatorios evacuados en el presente proceso, la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto no logró probar que cumplió con el deber de información; siendo que la única prueba que obra es el formulario de afiliación, que efectivamente suscribió la demandante, pero

que tiene unos textos preimpresos, que dan cuenta de una presunta libertad de consentimiento, lo cual no es suficiente para demostrar que la AFP, cumplió con su deber legal de brindarle a la actora, información clara, suficiente y oportuna de las consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, comoquiera que, no se demostró la falta de uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni procede tampoco la nulidad de cambio de régimen, pues, no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz; que, en gracia de discusión de presentarse alguna irregularidad en el traslado del demandante, se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades relativas, que pueden ser subsanadas de manera expresa o tácita; que, esa AFP, cumplió con todo lo relacionado con el deber de información clara, precisa y de acuerdo con la normatividad vigente para la época; que, esa Administradora, cuenta con diversos canales de atención para brindarle servicio a sus afiliados, de manera que la demandante, bien pudo haber pedido información, presentado peticiones, quejas o reclamos, para mostrar su inconformidad con el RAIS, pero no lo hizo; que, el único documento válido para acreditar la voluntad de la actora, de trasladarse al RAIS, era el formulario de afiliación, de manera que PORVENIR S.A., ha cumplido con las obligaciones a su cargo, siendo una decisión libre, voluntario e informada de la demandante, permanecer en ese régimen, lo que se ha ratificado con el tiempo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido Dentro del término concedido Colpensiones solicito revocar el fallo toda vez que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, además que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada., Entre tanto porvenir insiste en que se revoque el fallo por cuanto en este asunto no se acredito la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá

determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

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

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

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

claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 06 de mayo de 1994 (fl. 10 y 88); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y respuesta de la Entidad (fls. 11-13); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 14-16); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 17-19); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fl.27-28).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de PROTECCION S.A., quien manifestó que, además del formulario de afiliación suscrito por la demandante, al momento de su traslado, no existe otro documento donde conste la asesoría brindada por esa AFP; que, la actora, no realizó aportes voluntarios; que, esa Administradora, capacita a sus asesores, por lo menos durante 15 días antes del ingreso a trabajar.

Por su parte, la demandante, indicó que, para la fecha de su traslado al RAIS, trabajaba en la Contraloría de Cundinamarca, a donde llegaron unos asesores de la AFP PORVENIR S.A., les hicieron una charla colectiva, donde le informaron una serie de ventajas si se cambiaban del ISS, como que se podrían pensionar más jóvenes, que tendrían unos beneficios económicos, con relación al RPM, ellos diligenciaban los formulario y los trabajadores firmaban; que, el ISS, se iba a acabar; que, hace 2 años tomó la decisión de retornar a COLPENSIONES, porque el tema de pensionarse más joven no resultó cierto, como tampoco el valor de la mesada pensional más alta, además no se extinguió el ISS; que, confió plenamente en lo dicho por el asesor en ese momento y nunca vio la necesidad de acercarse a preguntar si era cierto lo dicho en ese entonces; que, es abogada y se dedica al área del Penal y un poco de Administrativo.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PROTECCION S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUPE DEL PILAR ROJAS LEÓN, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta

afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 06 de mayo de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUPE DEL PILAR ROJAS LEÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

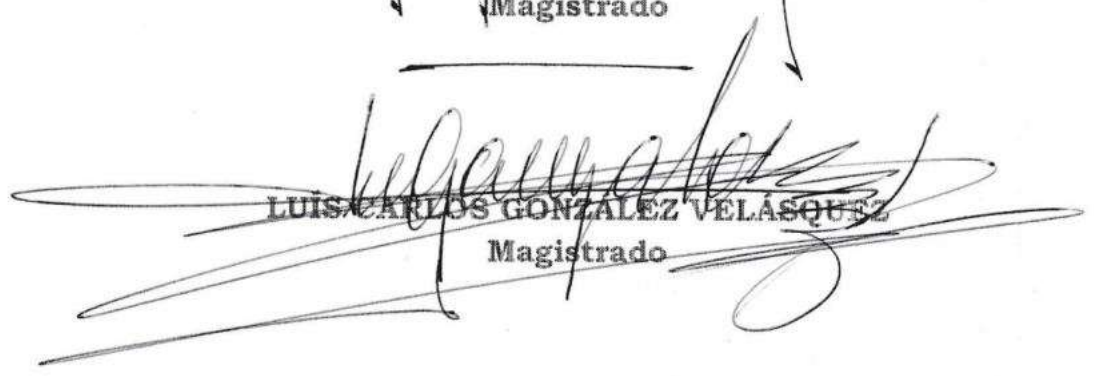
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105032201700521-01

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós 2022.

AUTO

Sería del caso, resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia del 23 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, de no ser porque se advierte que dicha profesional, con memorial presentado en Primera Instancia, a través de correo electrónico de fecha 24 de junio de 2002, reiterado ante este Tribunal, el 12 de septiembre de 2022, presentó desistimiento del recurso de apelación, de ahí que al contar con dicha facultad expresa, conforme se lee en el poder a ella otorgado que milita a folio 2 del expediente, se dispone ACEPTAR EL DESISTIMIENTO, del recurso de apelación presentado por la parte demandante; no obstante, deberá resolverse el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la demandada COLPENSIONES.

Sin costas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Régimen de Transición – Pensión de Vejez artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **YOLANDA POVEDA CRUZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la vinculación de **LUIS IGNACIO HERNÁNDEZ, RAQUEL RAMÍREZ TOVAR, KELLY ANDREA HERNÁNDEZ RAMÍREZ** y **LUIS DARIO HERNÁNDEZ RAMÍREZ** en su condición de socios de **COLCRUDOS LTDA** hoy liquidada.

ANTECEDENTES

YOLANDA POVEDA CRUZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que es beneficiaria del régimen de transición y, en consecuencia, se condene a esa Administradora, al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 28 de julio de 2013, junto con los reajustes legales, la mesada adicional de diciembre, los intereses moratorios, a la tasa máxima vigente al momento que se efectúe el pago; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$3.800.000.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 28 de julio de 1958, por lo que cumplió 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2013; que, se afilió al ISS, desde el 15 de julio de 1978 y hasta el 25 de septiembre de 2002, sin que en su historia laboral se reflejaran las semanas cotizadas entre el 23 de septiembre de 1986 y el 07 de febrero de 1988, periodo en que estuvo vinculada con el empleador COLCRUDOS S.A.S., quien afirma haber realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social.

Indicó que, el 30 de julio de 2013, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada por COLPENSIONES, argumentando que sólo contaba con 785 semanas cotizadas; por lo que, interpuso los recursos de ley y, mediante resolución del 14 de enero de 2014, se confirmó la negativa, pero, en esa oportunidad, dijo la demandada, que tenía un total de 973 semanas insuficientes para acceder al derecho pensional, pero, reconoció que era beneficiaria del régimen de transición; razón por la que solicitó la corrección de la historia laboral y, en respuesta del 17 de febrero de 2015, se le requirió para que allegara documentos probatorios, donde se evidenciara el vínculo laboral con COLCRUDOS S.A.S., de septiembre de 1986 a enero de 1988, descargando la accionada, su responsabilidad en un particular, pese a que aportó certificación laboral expedida por su empleador, donde consta el periodo laborado y con el cual sumaría un total de 1.040,067 semanas suficiente para el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada (fls. 3-12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 47 a 53, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, aceptando la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el tiempo laborado para COLCRUDOS S.A.S., que dijo no constarle; aclaró que, la demandante, no acreditó su afiliación al Sistema Pensional, entre septiembre de 1986 y febrero de 1988, de ahí que, aun cuando esa Entidad, en virtud de lo señalado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, tiene la facultad de efectuar el cobro coactivo, ante las empresas que se encuentran en mora por aportes a pensión de sus trabajadores, para el presente caso, esa Administradora, no tenía conocimiento de esa relación laboral, ya que, no aparece reporte de su afiliación y, con el empleador COLCRUDOS S.A.S., sí se refleja un vínculo, pero desde el 08 de febrero de 1998, que no corresponde al periodo que extraña la actora. Propuso las excepciones de buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, la innominada o genérica y compensación.

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 27 de junio de 2018, el Juez de Primera Instancia, ordenó vincular al proceso, como litisconsorte necesario, a la EMPRESA COLOMBIANA DE CRUDOS S.A.S. (fl. 70); y, aunque ésta se notificó y dio contestación a la demanda (fls. 77-86), en audiencia del 14 de agosto de 2019, se dejó sin valor y efecto su citación al proceso (fls. 115-116); sin embargo, por auto del 10 de febrero de 2020, se ordenó vincular a los señores **LUIS IGNACIO HERNÁNDEZ, RAQUEL RAMÍREZ TOVAR, KELLY ANDREA HERNÁNDEZ RAMÍREZ** y **LUIS DARIO HERNÁNDEZ RAMÍREZ** en su condición de socios de **COLCRUDOS LTDA** hoy liquidada, empresa para la cual trabajó la actora, de septiembre de 1986 a febrero de 1988 (fl. 145).

Notificados los litisconsortes necesarios, dieron oportuna contestación a la demanda, señalando que se atenían a las resultas del proceso, comoquiera que, ninguna de las pretensiones estaba dirigida en su contra; conforme a las pruebas aportadas, aceptaron la mayoría de los hechos del libelo; manifestaron que, COLCRUDOS S.A.S., expidió certificación a la actora, especificando que había cumplido con el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social y parafiscales por el periodo comprendido entre septiembre de 1986 y febrero de 1988, sin que se haya señalado que dichos pagos se realizaron a favor de alguien en particular, ni mucho menos se acreditó relación laboral por ese periodo con la demandante. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia del vínculo laboral para el periodo solicitado y la genérica (PDF CD fl. 175).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 23 de junio de 2022, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones de inexistencia del vínculo laboral respecto del periodo comprendido entre el 23 de septiembre y el 03 de diciembre de 1986 y la excepción de inexistencia de intereses moratorios; condenó a los demandados LUIS IGNACIO HERNÁNDEZ, RAQUEL RAMÍREZ TOVAR, KELLY ANDREA HERNÁNDEZ RAMÍREZ y LUIS DARIO HERNÁNDEZ RAMÍREZ, en calidad de socios de la liquidada COLOMBIANA DE CRUDOS LTDA, a pagar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 04 de diciembre de 1986 y el 07 de febrero de 1988, a favor de la demandante, teniendo en cuenta como salario, el mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, pago que deberá ser recibido a satisfacción de COLPENSIONES; declaró que la actora, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición y de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, a partir del 28 de julio de 2013, en cuantía inicial de \$1.099.130, con los correspondientes reajustes anuales y en 13 mesadas al año; condenó a COLPENSIONES a pagar a la señora YOLANDA POVEDA CRUZ, el retroactivo pensional causado, desde el 28 de julio de 2013 y hasta que sea incluida en nómina de pensionados, el que calculado al 31 de mayo de 2022, asciende a la suma de \$151.756.121, autorizando a COLPENSIONES, para descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones. Sin condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, COLPENSIONES, solicitó que se revoque el fallo proferido por el Juez 32 Laboral del Circuito, toda vez que no es procedente que se condene a esa Administradora, por el acaecimiento de hechos de terceros, como lo es la existencia de un contrato o vínculo laboral entre la señora YOLANDA POVEDA CRUZ y el empleador SOCIEDAD COLOMBIANA DE CRUDOS LTDA – COLCRUDOS LTDA, así como tampoco por la omisión en que incurrió éste en la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Pensiones, pues esta situación es ajena a esa Administradora; informó que el señor LUIS IGNACIO HERNANDEZ DIAZ, en su calidad de representante legal de COLOMBIANA DE CRUDOS LTDA, el 19 de abril de 2022, efectuó solicitud de cálculo actuarial a COLPENSIONES para los periodos comprendidos entre el 04 de diciembre de 1986 al 07 de febrero de 1988, el cual fue cancelado hasta el 23 de junio de 2022, por lo que, esa Administradora, debe efectuar un nuevo estudio de la prestación, para determinar si la demandante, cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos solicitados y, sólo así se podrá proceder al reconocimiento de la prestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión del Juez de Instancia, en cuanto declaró a la demandante, beneficiaria del régimen de transición; igualmente si se debió ordenar el pago del cálculo actuarial a los socios de esa vinculada, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a cargo de COLPENSIONES, teniendo en cuenta el tiempo laborado pero no cotizado por su empleador COLCRUDOS LTDA.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN

Solicitó la demandante, que se declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que, en consecuencia de ello, sumando el tiempo laborado para el empleador COLCRUDOS LTDA, entre el 23 de septiembre de 1986 y el 07 de febrero de 1988, se le conceda la pensión de vejez, con los requisitos de la norma anterior.

El régimen de transición, en materia pensional, representa un beneficio legal que se otorga en un tránsito legislativo, para continuar aplicando normas derogadas, aún después de su pérdida de vigencia, a quienes tenían la expectativa de alcanzar su derecho. Está consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

“La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”

Teniendo en cuenta la norma anterior, para acceder al régimen de transición, es necesario que la persona haya estado cobijada por un régimen pensional anterior al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y acreditar la edad de 35 años o más si es mujer o 40 años o más al momento de entrar en vigencia éste, si es hombre. O tener 15 o más años de servicios cotizados, para la misma fecha, 01 de abril de 1994; además que, al 22 de julio de 2005, fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, hubiese cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios. Cumplido alguno de estos requisitos se respetará *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez”* de la norma anterior, de la cual era beneficiario el afiliado.

En el presente caso, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 49 del expediente, la demandante nació el 28 de julio de 1958, es decir, que, al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tenía 35 años; adicionalmente, al 22 de julio de 2005, tenía 981,61 semanas cotizadas, suficientes para determinar que la señora YOLANDA POVEDA CRUZ, efectivamente, sí es beneficiaria del régimen de transición pensional.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO

El régimen anterior que tenía la demandante, es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, que, en su artículo 12 establece:

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

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

Así pues, siendo la actora beneficiaria del régimen de transición, resulta procedente el estudio de su derecho pensional a la luz de lo establecido por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; advirtiéndose la Sala, que, la demandante, cumple con el requisito de la edad, pues, el 28 de julio de 2013, alcanzó los 55 años. Ahora, en cuanto al número de semanas cotizadas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión esto es, entre el 28 de julio de 1993 y el 28 de julio de 2013, la demandante, sólo cotizó 471,03 semanas, por lo que, no cumple con el requisito de las 500 semanas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad.

En cuanto a las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, sea lo primero advertir que, al proceso fueron vinculados los socios de COLOMBIANA DE CRUDOS LTDA hoy liquidada (fls.131-144), comoquiera que, la demandante alegó en su acción, haber laborado para dicha Sociedad entre septiembre de 1986 y febrero de 1988, sin que ese lapso de tiempo se encuentre reportado en su historia laboral; para demostrar su dicho, al plenario se allegó certificación expedida por COLCRUDOS S.A.S., de fecha 16 de septiembre de 2015, donde consta que *“durante los periodos comprendidos entre septiembre de 1986 hasta febrero de 1988, la empresa realizó el pago de los aportes al Sistema de seguridad social y parafiscales exigidos por la ley y se encuentra al día y a paz y salvo por todo concepto relacionado con dichos aportes”* (fl. 40).

Igualmente, absolvió interrogatorio de parte, el demandado LUIS IGNACIO HERNÁNDEZ DÍAZ, quien dijo ser el gerente y representante legal de COLCRUDOS LTDA; aceptó conocer a la demandante, porque ella trabajaba para QUIMIPETROL LTDA, donde él era socio, luego esa empresa se acabó y se creó COLOMBIANA DE CRUDOS LTDA, allí fueron a trabajar 3 o 4 personas de la anterior Compañía, entre ellas la señora YOLANDA POVEDA CRUZ; aclaró que, COLCRUDOS LTDA, sólo entró en funcionamiento a partir del 04 de diciembre de 1986, por lo que, con anterioridad a esa fecha no existió ningún vínculo laboral con la actora; desconoce por qué no se cancelaron los aportes a Seguridad Social que ahora reclama la demandante, pues ella era la encargada del área contable y todos los meses se hacía la partida o apropiación para ese pago; que la certificación expedida, habla de septiembre de 1986, porque no se tenía registro de la fecha en que realmente inició la relación laboral de la demandante, entonces hicieron un cálculo aproximado, cuando ella visitó la empresa y se le expidió la carta con un error, lo que se hizo de buena fe, porque ella nunca la manifestó para qué era.

Así las cosas, aceptado el vínculo laboral de la demandante, con COLOMBIANA DE CRUDOS LTDA hoy liquidada, entre el 04 de diciembre de 1986 y el 07 de febrero de 1988, equivalente a 60.42 semanas, sin que se demostrara por los socios de la misma, el pago de los aportes a pensión correspondientes a estos ciclos de cotización, resulta acertada la decisión del a-quo, en cuanto ordenó el pago del cálculo actuarial a cargo de los vinculados e incluyó las correspondientes semanas, al tiempo total cotizado por la trabajadora, de 981,61, para obtener un gran total de 1.042,13 semanas, suficientes para que ésta sea acreedora de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en la cuantía y número de mesadas ordenadas por el a-quo.

No se considera procedente ordenar el pago de intereses moratorios, teniendo en cuenta que COLPENSIONES, negó el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme al reporte de semanas cotizadas de la actora, dentro del cual no se incluyó el tiempo de servicio a COLCRUDOS LTDA, del 04 de diciembre de 1986 y el 07 de febrero de 1988, y que sólo se le ordenó tener en cuenta a través de esta acción, sin que, con anterioridad, la actora contara con el número mínimo de semanas para acceder al derecho pensional.

Tampoco operó en el presente caso, la excepción de prescripción, pues, la demandante, presentó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, el 11 de marzo de 2016 (fls. 28-31) y, conforme al acta de reparto obrante a folio 43, interpuso la demanda, el 28 de agosto de 2017, esto es, dentro del término previsto en el artículo 151 del CPTSS en concordancia con el 488 del CST.

En los anteriores términos, habrá de confirmarse la sentencia consultada.

Sin Costas en alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **YOLANDA POVEDA CRUZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y los vinculados **LUIS IGNACIO HERNÁNDEZ, RAQUEL RAMÍREZ TOVAR, KELLY ANDREA HERNÁNDEZ RAMÍREZ** y **LUIS DARIO HERNÁNDEZ RAMÍREZ** en su condición de socios de **COLCRUDOS LTDA.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

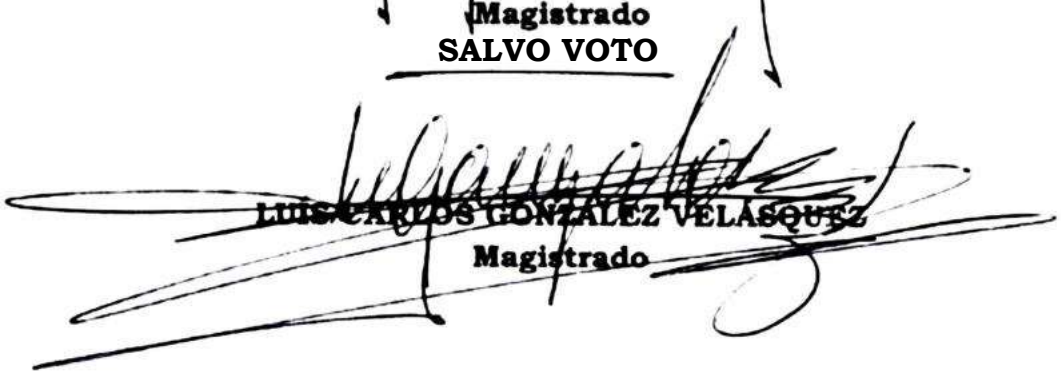
SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado
SALVO VOTO


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201900533-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de marzo de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA LILIANA CAYCEDO PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** ; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 192 a 194.

ANTECEDENTES

MARTHA LILIANA CAYCEDO PARDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM, sin solución de continuidad; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, junto con las sumas que le puedan corresponder por concepto de intereses, bono pensional, sumas adicionales, rendimientos, sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración; que, se condene a COLPENSIONES, a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 14 de diciembre de 1966; que estuvo afiliada al RPM, administrador por el ISS hoy COLPENSIONES, desde octubre de 1993 y hasta septiembre de 1998, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PROTECCION S.A., y luego, en el mes de febrero de 2002, se cambió a la AFP PORVENIR S.A.; sin que, ninguna de las AFP demandadas, le indicara la ventajas o desventajas de uno y otro régimen pensional, no se le efectuó una proyección o simulación pensional, para saber el posible valor de su mesada pensional en cada régimen; tampoco le explicaron que debía reunir en su cuenta de ahorro pensional un capital suficiente para solventar una pensión no inferior al 110% del smmlmv, ni que le serían descontados de sus aportes, gastos de administración y seguros; menos aún le hablaron de la posibilidad de retornar al RPM, antes de cumplir los 47 años de edad, no le hicieron entrega de su plan de pensión, ni del Manual de Funcionamiento de las Administradoras Privadas.

Indicó que, PROTECCION S.A., al momento de su traslado, sólo se limitó a decirle que el ISS, se iba a acabar y nadie respondería por los aportes realizados, y que, esa la razón lo más conveniente para ella era cambiarse al RAIS, donde podría pensionarse a una edad más temprana y con una mesada pensional mejor que la que posiblemente le reconocieran en el RPM; que, le solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, para retornar a COLPENSIONES, pero su petición fue resuelta desfavorablemente (fls. 1-8)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la

obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las demás que se pueden reconocer de oficio (fls. 65-70).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (fls. 98-119).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, innominada o genérica y traslado de aportes (CD fl. 135).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de marzo de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante al RAIS; en consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, como su nunca se hubiese trasladado; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, sin imponer condena en costas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, evaluados los elementos probatorios evacuados en el presente proceso, PROTECCION S.A., no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto no logró probar que cumplió con el deber de información; siendo que la única prueba que obra es el formulario de afiliación, que efectivamente suscribió la demandante, pero que tiene unos textos preimpresos, que dan cuenta de una presunta libertad de consentimiento, lo cual no es suficiente para demostrar que la AFP, cumplió con su deber legal de brindarle a la actora, información clara, suficiente y oportuna de las consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, no se acreditó que se haya faltado al deber de información por parte de las Administradoras privadas de pensiones, y, por ende, no es factible ordenar la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que, al absolver interrogatorio de parte, la misma demandante, indicó no recordar nada respecto al traslado inicial, ni su posterior cambio a la HORIZONTE S.A.; que, deben tenerse en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral, que refieren los actos de relacionamiento, ya que, en el presente caso, la demandante, realizó un traslado horizontal de Administradora en el RAIS, y efectuó actos que sólo permiten concluir, su voluntad de permanecer en este régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demanda PORVENIR solicito que se revoque sentencia de primera instancia indicando que no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 y 1508 del Código Civil. De igual forma, COPENSIONES solicito que se revoque sentencia de primera instancia indicando que no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado y absolver de toda condena.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

persona a la seguridad social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

se expuso:

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, la respuesta de COLPENSIONES a la reclamación presentada por la demandante (fls. 15-16); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 17-21); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 22-27); nulidad de nulidad de traslado presentada en PROTECCION S.A. (fls. 28-29); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 71); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, de fecha 03 de diciembre de 2001 (fl. 120); formulario solicitud de vinculación Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCION S.A. diligenciado el 18 de agosto de 1998 (CD fl.

135); consulta SIAF (CD fl. 135); constancia de traslado aportes de PROTECCION S.A. a la AFP PORVENIR S.A. (CD fl. 135); reporte estado de cuenta de ahorro individual de la actora en PROTECCION S.A. (CD fl. 135); respuesta PROTECCION S.A., solicitud de nulidad (CD fl. 135).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de PROTECCION S.A., quien manifestó que la afiliación de la actora, se realizó cumpliendo con los lineamientos legales fijados para el año 1993., de buena fe y cumpliendo las políticas para vinculación de afiliados, fijadas por esa Administradora; que, no existe otro documento adicional al formulario de afiliación, para acreditar la información brindada a la actora, al momento de su traslado, pues, precisamente para esa 1998, sólo se exigía a las AFP, guardar soporte del formulario de afiliación, las asesorías se realizaban de forma verbal, no eran documentadas, porque no existía la obligación de hacerlo; que, PROTECCION S.A., siempre ha tenido un departamento de actuarios, y sí se hacían proyecciones pensionales a sus posibles afiliados, pero no se documentaban, sino que se realizaban de forma verbal; que, es política de esa Administradora, realizar una revisión de las condiciones particulares de cada uno de los afiliados, de su situación laboral, para que, elijan pertenecer o no a PROTECCION S.A.

Por su parte, la demandante, indicó que, para 1998, trabajaba en el Banco Finandina, iban asesores, ella se encontraba en un pasillo y el asesor de PROTECCION S.A., le dijo que se cambiara, que el ISS, se iba a acabar y solamente iban a quedar las Administradoras privadas, porque iba a cambiar la ley; que, con ellos iba a tener una pensión mayor a la que posiblemente le correspondería en el Seguro Social, que, las AFP, eran entidades sólidas, muy bien respaldadas; que, se encontró con el asesor como 3 veces y siempre le insistía en que se pasara hasta que un día aceptó y se cambió; que, ella habló con el asesor de forma individual; que, se trasladó a HORIZONTE, porque ellos siempre le decían que era una Administradora más rentable y ella en busca de una mejor pensión, se pasó a esa AFP; que, se retiró de trabajar de la entidad financiera, hace aproximadamente 5 años, y considerando que por su edad, sería complicado nuevamente conseguir un empleo, se acercó a la AFP PORVENIR S.A., a retirar sus cesantías y preguntar por su pensión, allí le dijeron que se pensionaría con un salario mínimo, lo que le causó sorpresa, porque siempre devengó salarios superiores, que no había nada que hacer; que, no le explicaron como se construía la pensión en el RAIS, sólo que en la AFP, recibiría una mesada pensional mayor, siempre que conservara un buen salario; que, no sabía que podía devolverse al RPM, además seguía pensando que era cierto lo que le dijeron los asesores de las AFP, respecto a que obtendría una mejor pensión.

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

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a la D

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., el 18 de agosto de 1998, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy AFP PORVENIR S.A, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Adicionalmente, debe indicar esta Sala, que la teoría de los actos de relacionamiento, expuesta por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., no resulta aplicable en este caso, dado que los actos ejecutados por la afiliada o la AFP, durante el tiempo que ésta estuvo vinculada al RAIS, no denotan que al momento de su traslado inicial, se le haya brindado la información debida y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos; mal puede, considerarse que su permanencia en el RAIS o los cambios de Administradora, constituyen una ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, cuando al momento de su traslado de régimen pensional, no tuvo un conocimiento claro, de las consecuencias que traería en el futuro pensional dicha decisión y siempre creyó que permanecer allí sería lo más beneficioso para alcanzar una mesada pensional digna y acorde con sus ingresos.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de marzo de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA LILIANA CAYCEDO PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

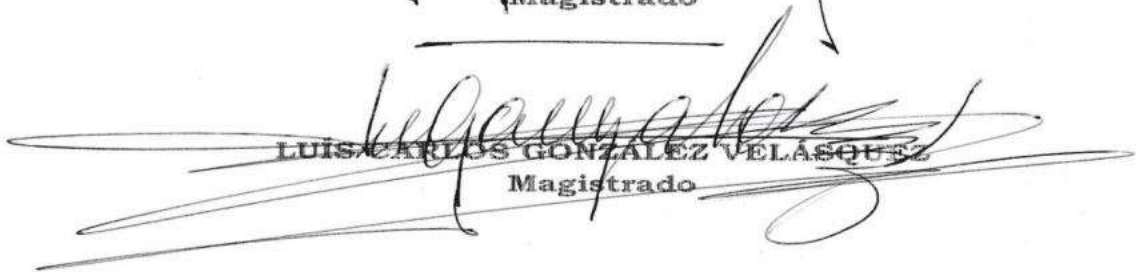
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente
Expediente 110013105014201900537-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de jubilación convencional – acto legislativo – derecho adquirido

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS ALBERTO ECHEVERRY SALAMANCA en contra de LA UNIDAD DE GESTION Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

ANTECEDENTES

CARLOS ALBERTO ECHEVERRY SALAMANCA promueve demanda ordinaria laboral en contra de LA UNIDAD DE GESTION Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que previa declaratoria de la existencia contratos individuales de trabajo desde el 1º de junio de 1978 al 27 de junio de 1999 y desde el 28 de junio de 1999 al 15 de julio de 2002, con un último salario promedio devengado de \$1.316.460.17 y que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, suscrita el 15 de abril de 1998 entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO “ SINTRACREDITARIO”, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación

convencional establecida en el artículo 41 parágrafo 1° y 3° de la CCT 1998-1999 desde el 8 de junio de 2011, la indexación desde la fecha de desvinculación -15 de julio de 2002- y la fecha de exigibilidad del derecho - 8 de junio de 2011-, los reajustes anuales, las mesadas adicionales debidamente indexadas y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 1° de junio de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 y desde el 28 de junio de 1999 hasta el 15 de julio de 2002, para un total de 24 años y 15 días; el último cargo que desempeñó fue el de cajero principal II, Grado 04, en la oficina de Pitalito - Huila, el último salario que devengó fue la suma de \$1.316.460.17, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 celebrada entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO, la cual se hallaba vigente al momento de su despido sin justa causa, momento para el cual contaba con fuero sindical y por ello fue ordenado su reintegro por orden judicial, pero ante la imposibilidad física del mismo, se llegó a un acuerdo conciliatorio el 26 de agosto de 2002, cumpliendo los 55 años de edad el 8 de junio de 2011.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

LA UNIDAD DE GESTION Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, con escrito de folios 63 a 65 se opuso a todas las pretensiones, manifestó no constarle la mayoría de los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, improcedencia de mesadas adicionales de conformidad al acto legislativo 01 de 2005, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de noviembre de 2021, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: condenar a la demandada al pago de la pensión de origen convencional a partir del 8 de junio de 2011 en cuantía inicial de \$1.569.878.75 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los incrementos legales a que haya lugar, mesadas que deben ser pagadas de forma indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago; declarar parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 2 de mayo de 2016 y no probadas las restantes en tanto que no enervaron la pretensión; autorizar que del retroactivo adeudado se descuente el 12% mensual correspondiente a salud; y, condenar en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, considerando que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la Ley y la Convención Colectiva de Trabajo para el reconocimiento de la pensión solicitada, dado que la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la vigencia de la convención no se podía extender más allá del 31 de julio de 2010, teniendo en cuenta que el actor para cumplió la edad para acceder al derecho con posterioridad a dicha data, no verificándose un derecho adquirido conforme a la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-168/95, C-038/2004) y de la Corte suprema de Justicia (SL 489/21, SL1223/21 y SL 4253/2021).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado LA UNIDAD DE GESTION Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, insistió en la improcedencia de las pretensiones del actor por cuanto no causó el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se circunscribe a establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de carácter convencional solicitada por el demandante para lo cual se debe tener en cuenta que su empleador era Caja Agraria, quien se encuentra en la actualidad extinta. Aunado a ello las implicaciones del Acto Legislativo 01 de 2005 para el reconocimiento pensional y si se trata de un derecho adquirido.

DE LA PENSIÓN CONVENCIONAL Y LA INCIDENCIA DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

La demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, se opone a la prosperidad de las pretensiones sustentada en que las pensiones extralegales perdieron vigencia con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005. Como la prestación de jubilación se sustenta en lo previsto en norma extralegal, necesariamente se tiene que determinar su aplicación bajo los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005, que por mandato superior reguló el tema pensional, previendo en términos

generales que a partir de su promulgación los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, sería los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, previendo la prohibición de proferirse o invocarse disposiciones que se aparten de esta, como lo dispuso en su inciso 4° del artículo 1°.

Al respecto, se tiene que el párrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo 1998 – 1999 (folio 23 vuelto), establece:

“PARAGRAFO 1°: El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la Institución.”

En cuanto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, el artículo 3° de dicha normatividad, señala que la misma regirá por un término de dos años contados desde el 1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999.

Ahora, si bien la citada convención trae consigo la fecha en que entrará en vigor y el plazo de duración, también lo es que en el citado texto convencional no se pactó lo relativo a las modalidades de su prórroga, desahucio o denuncia, pues en el citado artículo se dijo que se estaría a lo dispuesto en la Ley, de ahí que se deba dar aplicación al artículo 478 del CST, que indica:

“A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”

Siendo ello así y pese a que en la convención colectiva se consignó que vencía el 31 de diciembre de 1999 (CD fl 27), lo cierto es que la misma continua vigente, toda vez que ninguna de las accionadas demostró que las partes que la suscribieron o alguna de ellas haya manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, o que se haya efectuado la denuncia en los términos del artículo 479 del CST, o que exista otro acuerdo convencional que lo haya reemplazado en su totalidad, de donde se desprende que la norma convencional se ha venido prorrogando por periodos sucesivos de 6 meses, conforme lo establece la norma en comento.

En ese orden de ideas, como quiera que la convención colectiva de 1998 se encuentra vigente, procede la Sala a verificar si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada, no sin antes indicar, en lo que se refiere a la vigencia de las pensiones establecidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o

acuerdos válidamente celebrados, el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, indica:

“Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

De lo anterior se colige, que en tratándose de pensiones contenidas en convenciones colectivas de trabajo entre otras, perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a dicha data tengan un derecho adquirido.

Sobre los derechos adquiridos en materia pensional, en tratándose prebendas pensionales estipuladas en acuerdos convencionales, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 3 de abril de 2008 radicación 29907, reiterada entre otras sentencias en la del 20 de octubre de 2009, del 11 de mayo de 2010, radicados 34044 y 38074, y en la 39797 del 24 de abril de 2012, esta última con ponencia del MP: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, enseñó:

“No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

“Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.”

Lo precedente se acompasa con lo expuesto en el inciso 3° y 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, que establecen:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital

necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos."

Conforme a ello, es dable concluir que, para dar aplicación a las normas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, se debe contar con un derecho adquirido al **31 de julio de 2010**, es decir, haber acreditado a dicha data, los requisitos establecidos en la norma convencional cuya aplicación se invoca para acceder a la pensión reclamada.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el demandante laboró al servicio de la CAJA AGRARIA un total de 24 años y 15 días, según el certificado laboral expedido por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas obrante de folios 12 y 13 del expediente, habiéndose retirado del servicio el 15 de julio de 2002, e igualmente se tiene acreditado que su natalicio data del 8 de junio de 1956, contando al 8 de junio de 2011 con 55 años de edad, luego sí cumple con los requisitos establecidos en el parágrafo 1° del artículo 41 de la de la convención colectiva 1998 – 1999 para acceder a la pensión deprecada, tal como acertadamente lo indicara la A quo.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a través de las sentencias SL289-2018 con radicado 62107 y SL-526-2018 con radicado 63158 del 14 de febrero de 2018, cuando indicó que el derecho adquirido se tenía al cumplirse los requisitos de tiempo de servicios y terminación del vínculo laboral con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 , dado que la edad para adquirir el derecho no es un requisito de causación sino de disfrute, es así como en una de ellas se dijo específicamente que:

"Por lo tanto, como en el proceso está demostrado, y no fue objeto de controversia en casación, que el demandante prestó sus servicios la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, y que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999, ello quiere decir, conforme a lo precisado, en primer lugar, que el derecho a la pensión de jubilación convencional se causó en la precitada fecha y, en segundo término, que no había lugar a negar el reconocimiento y pago de tal prestación, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto dispuso la pérdida de las prerrogativas a partir del 31 de julio de 2010, como lo concluyó el Tribunal; lo que implica, entonces, que el cargo prospera y, por ende, el fallo gravado habrá de casarse."

En conclusión, ante la demostración del cumplimiento de los requisitos exigidos en la CCT por parte del demandante con anterioridad al 31 de julio de 2010, para acceder a la pensión allí establecida, se impone confirmar, en su integridad, la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia, se confirman.

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

RESUELVE

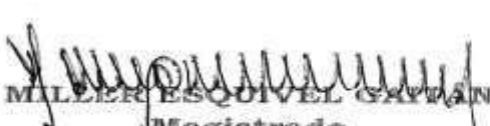
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, instaurada el señor CARLOS ALBERTO ECHEVERRY SALAMANCA en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

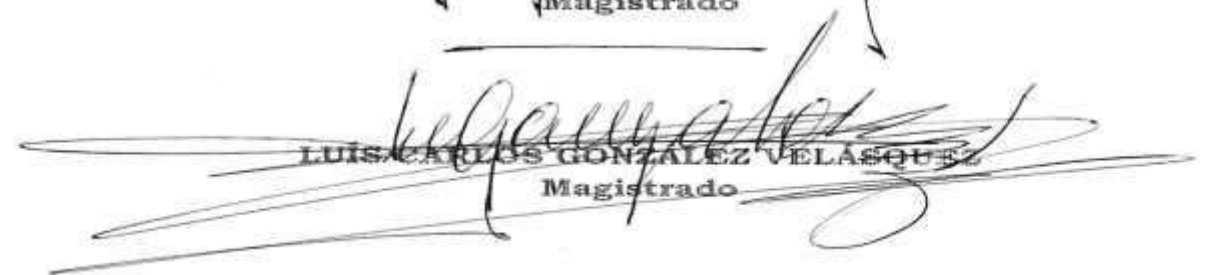
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00. Las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027201900588-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROQUE PALOMINO CABELLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, No sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como sustituta a la doctora BELCY BAUTISTA FONSECA a folios 185 a 187.

ANTECEDENTES

ROQUE PALOMINO CABELLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la existencia de un vicio en el consentimiento, que lo indujo en error, al momento de su traslado al RAIS, por lo tanto, dicho acto es nulo o ineficaz; y, en consecuencia, se condene u obligue a la AFP PORVENIR S.A., a tener

como nulo o invalido el acta o formulario de afiliación a esa Administradora, y, se tenga para todos los efectos pensionales como afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 08 de abril de 1956; que, entre 1980 y 1988, trabajó para distintas Entidades del orden público, efectuando sus aportes a pensión a CAJANAL; que, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde 1988 y hasta 1996, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que, el asesor de la AFP PORVENIR S.A., lo indujo a trasladarse con la promesa de recibir una pensión superior a la que podría pagársele en el RPM; que, debía cambiarse al RAIS, porque las Administradoras privadas, eran más sólidas; además, que, el ISS, iba a ser liquidado, pronto dejaría de existir y, de permanecer allí, perdería sus aportes; que, el asesor de la AFP demandada, no le suministró ninguna información previa a la afiliación sobre la manera como se liquidaba la mesada pensional en el RAIS, ni cuál sería el posible monto de la pensión en uno y otro régimen; incumpliendo su deber legal de suministrarle una asesoría veraz y oportuna, advirtiéndole los riesgos y consecuencias negativas del cambio de régimen pensional.

Indica que, según simulación pensional de la AFP PORVENIR S.A., recibida el 20 de agosto de 2019, a la edad de 62 años recibiría una pensión de vejez, equivalente a \$828.116, lo que representa un detrimento patrimonial en su expectativa de pensión; que, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, petición que le fue negada por ambas Administradoras (fls.1-17).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (fls. 78-94).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls.106-128).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de febrero de 2021, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de actor, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenó a COLPENSIONES a afiliarse al demandante, al RPM y recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando a la AFP PORVENIR S.A., al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoquen todas y cada una de las impuestas en contra de esa Administradora, pues, no tuvo en cuenta la a-quo, que el demandante, realizó un traslado horizontal entre HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la AFP PORVENIR, en el año 1999, y que, para entonces, no se trataba de una misma Administradora, ya que estados dos AFP, sólo se fusionaron hasta el año 2014; que, dicho traslado horizontal tuvo la virtud de generar la ratificación de la voluntad del actor, de pertenecer al RAIS; además de demostrar que la asimetría de la información entre el afiliado y la AFP, no es permanente, sino que se va compensando con los actos de relacionamiento posteriores; que, no se dio crédito, ni se valoró lo explicado por el demandante, en el interrogatorio de parte, respecto a que su interés por retornar al RPM, sólo se produjo cuando estaba cerca de los 60 años de edad, teniendo plena claridad de que su interés era permanecer en el régimen de capitalización; que, tampoco se logró acreditar, por parte del actor, la existencia de un vicio del consentimiento, que no le permitiera manifestar de forma inequívoca su voluntad; que, para la fecha en que produjo el traslado del demandante, no existía un deber de información delimitado y con las exigencias de la actualidad; que, no es dable la devolución de los dineros que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del actor, ni menos aun los valores

correspondientes a gastos de administración y primas de aseguramiento, pues, esa Administradora, cumplió con su obligación y realizó una buena gestión de los recursos del demandante, generando unos rendimientos, con los que mejorará su expectativa pensional; que, las primas de seguro, se descontaron por expresa facultad concedida en la ley, cubriendo los riesgos de invalidez y muerte, por más de 24 años; que, retornar dichos valores, constituiría un enriquecimiento sin causa en cabeza del demandante, ya que, estas sumas también hubiesen sido descontadas de sus cotizaciones en el RPM; que, al no darse ninguna de las condiciones para declarar la ineficacia del traslado del demandante, tampoco procede la condena en costas impuesta a esa Administradora.

COLPENSIONES argumentó que, no se tuvo en cuenta algunas de las reglas contractuales adquiridas por el demandante, como la obligación legal que tenía el actor, como consumidor financiero, de estar enterado de las condiciones propias del Sistema pensional y retornar al RPM, cuando la ley se lo permitía; que, COLPENSIONES, no puede asumir la responsabilidad, por la mala información que en su momento brindó la AFP demandada, viéndose obligada más adelante a reconocer un derecho pensional, sin determinar de dónde saldrán los recursos; que, para la época en que el demandante, se trasladó al RAIS, no le era exigible a la AFP, documento adicional al formulario de afiliación; que, COLPENSIONES, es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el actor y la AFP PORVENIR S.A., y no puede verse afectado, por el inconformismo en el monto de la pensión, que no constituye causal alguna de nulidad del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita se confirme el fallo, ya que no se brindó una asesoría clara, completa y veraz. Por otro lado, Colpensiones peticiono se revoque la sentencia proferida, por cuanto en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información. Entre tanto, Porvenir insiste en la revocatoria del fallo, ya que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual se realizó de manera libre, voluntaria y consciente., de igual manera el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado del régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación

interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si puede considerarse que la permanencia del demandante en el RAIS, por más de 20 años, así como el traslado horizontal efectuado en dicho régimen, constituye un acto de relacionamiento que ratificó su voluntad de permanecer en la AFP PORVENIR S.A.; y, v) si procede la orden de devolución de gastos administración.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100

*de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba, que le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que

se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 20-22); historia laboral válida para bono pensional (fl. 23-24 y 148-152); certificaciones laborales para bono pensional (fls. 25-28); formulario solicitud vinculación a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 05 de octubre de 1996 (fl. 29 y 129); solicitudes de nulidad de traslado radicadas ante la demandadas, con sus correspondientes respuestas negativas (fls. 30-46); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A (fls. 47-48); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 99); formularios solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias Horizonte S.A., de fechas 13 de enero de 1999 y 27 de junio de 2000 (fls. 130-131); consulta SIAF (fls. 134-136); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 137); relación histórica de movimientos de la cuenta individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 138-147).

También, absolvió interrogatorio de parte, el demandante, quien informó que, en el año 1996, cuando se desempeñaba como representante legal de CONSTRUCTECNICAS LTDA, en la ciudad de Bucaramanga, como corría el rumor de que el Seguro Social se iba a acabar, recibió varias visitas de asesores comerciales de la AFP PORVENIR S.A., hasta que finalmente accedió al traslado; que, esa reunión no duró más de 15 a 20 minutos, pues, él se encontraba en horas laborales; que, lo único que le dijeron es que podría pensionarse a una edad más temprana, que, la AFP, tenía el respaldo de empresas con respaldo económico muy fuerte, por lo que sus aportes, se iban a triplicar o cuadruplicar; que, la asesora sólo buscaba el cambio, no hubo ninguna explicación; que, la AFP PORVENIR S.A., se encargaría de cobrar lo que tenía cotizado, lo que no fue cierto, porque aún a la fecha de la presentación de la demanda, no se había constituido su bono pensional; que, partió de la buena fe, creyendo en lo que le dijo la asesora, y por eso, nunca pensó en retornar al RPM, hasta el año 2018, cuando comenzó a recolectar todas las certificaciones laborales de las distintas Entidades públicas, donde había laborado, las llevó a la AFP PORVENIR S.A., sólo hasta entonces, cuando le hicieron una simulación del valor de la mesada pensional, se dio cuenta que había sido engañado, pues, ni habían tramitado el traslado de los dineros cotizados en el RPM, ni sus cotizaciones se triplicaron o aumentaron para asegurarle una mejor pensión, ya que sólo le garantizaban el pago de un salario mínimo; que, sólo recibió extractos de la AFP PORVENIR, recientemente, luego de haber acudido a las Sucursales de la Administradora, para indagar por su situación pensional; que, su intereses por regresar al RPM, no es sólo económico, sino también familiar,

pues debe garantizarle una estabilidad, a una hija con capacidades diferentes.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a el actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan

de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 05 de octubre de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy AFP PORVENIR S.A, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Adicionalmente, debe indicar esta Sala, que la teoría de los actos de relacionamiento, expuesta por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., no resulta aplicable en este caso, dado que los actos ejecutados por el afiliado o la AFP, durante el tiempo que ésta estuvo vinculada al RAIS, no denotan que al momento de su traslado inicial, se le haya brindado la información debida y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos; mal puede, considerarse que su permanencia en el RAIS o los cambios de Administradora, constituyen una ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, cuando al momento de su traslado de régimen pensional, no tuvo un conocimiento claro, de las consecuencias que traería en el futuro pensional dicha decisión y siempre creyó que permanecer allí sería lo más beneficioso para alcanzar una mesada pensional digna y acorde con sus ingresos. Tampoco, puede considerarse que, las manifestaciones del demandante, en el interrogatorio de parte, respecto a los conocimientos generales que tenía del Sistema General de Pensiones, esto en relación con el número de semanas y edad para pensionarse en el RPM, pueden exonerar a la AFP PORVENIR S.A., del deber de información que, se insiste, tenía para con el afiliado, antes de la suscripción del formulario de traslado de régimen pensional; máxime cuando, el mismo actor, manifestó que sólo para el año

2018, cuando comenzó a tramitar los documentos requeridos por la AFP, para liquidar el posible valor de su mesada pensional, comenzó a entender las características de uno y otro régimen.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, ninguna razón le asiste en su reproche, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ROQUE PALOMINO CANELLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

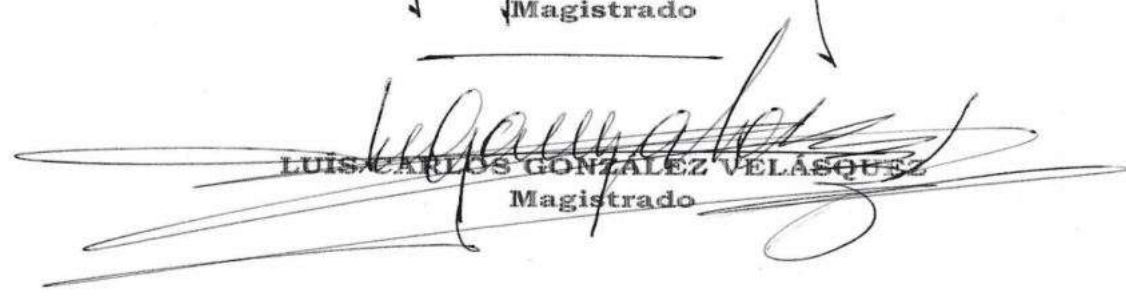
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105011201700590-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de vejez – falta de afiliación oportuna por empleador.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GERMÁN GÓMEZ GÓMEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. María Alejandra Almanza Núñez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.456.532 y tarjeta profesional 273998 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Germán Gómez Gómez pretende que se le condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y vejez a su favor, desde el 3 de mayo de 2001; que se condene al pago de la primera mesada pensional, y las adicionales debidamente indexadas, junto con sus reajustes legales hasta la fecha en que se incluya en nómina de pensionados; condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales causadas y no percibidas; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 28 de octubre de 1940, contando con 76 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió al ISS desde el año 1967 hasta el año 2002; que pese a

que ha insistido desde el año 2001 el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al no cumplir con el total de semanas cotizadas requeridas.

Refiere que se puede apreciar en el detalle de pagos efectuados, que la empresa Copla LTDA realizó pagos desde el 12 de mayo de 1992, con interrupciones hasta el 4 de febrero de 2002, en los que se indica: *“pago aplicado al periodo declarado y/o pago aplicado a periodos anteriores – o su empleador presenta deuda por no pago”*.

Asimismo, que se puede verificar que Colpensiones no realizó la gestión de cobro coactivo como correspondía, y no cumplió con el deber legal de exigir a la empresa Copla la cancelación de los aportes pensionales adeudados, por cualquiera de las vías legalmente establecidas en la ley, e imponer las sanciones a las que hubiese lugar. Igualmente, que la demandada no adelantó el trámite establecido en el Decreto 2665 de 1998, para el efecto de no ser tenidas en cuenta como cotizadas, las semanas correspondientes a los periodos de mora.

Que de sumarse el tiempo total cotizado, mas el tiempo que estuvo afiliado a Copla LTDA, se tiene un total de 866.42 semanas, evidenciándose que tendría derecho al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo derecho además, a mantener y conservar dicho derecho, según lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que para el 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, la demandada dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la edad de nacimiento del demandante y las solicitudes de reconocimiento de pensión de vejez y sus negativas. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de junio de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió ordenar a Colpensiones incorporar en la historia laboral del señor Germán Gómez Gómez, los periodos de cotización en mora del empleador Copla LTDA para el periodo comprendido entre mayo de 1992 hasta abril del año 2000; declarar que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a favor del accionante a partir del 28 de octubre del año 2000, en cuantía inicial de \$260.100,

reconocimiento que se sufragaría por 14 mensualidades al año, más los incrementos de ley; declarar probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y probada parcialmente la de prescripción; condenar a Colpensiones al pago del retroactivo pensional liquidado entre el 3 de agosto de 2008 hasta el 31 de mayo de 2021, el cual asciende a la suma de \$118.531.962, el cual deberá sufragar de manera indexada a la fecha del pago; autorizar a Colpensiones a que se descuente el valor que por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez y reliquidación, se le sufragó al demandante de manera indexada; autorizar a Colpensiones a descontar el valor que por concepto de cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud haya lugar; condenándola en costas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta en caso de no ser apelada la presente sentencia, a favor de la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se absuelva a la demandada, por cuanto en el caso concreto, el demandante no reúne los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez; indica que si bien se tiene respecto de la solicitud de historia laboral y de los periodos de cotización que no registran, al sentir del demandante, se deben tener en cuenta los requerimientos internos obtenidos por Colpensiones.

De igual forma, aclara que el empleador no reportaba deuda alguna, por lo que era imposible intentar alguna acción de cobro, no siendo posible condenar a dicha parte a asumir los aportes que el empleador no cotizó en debida forma.

Asimismo, que al realizarse el estudio conforme los postulados de la Ley 100 de 1993, evidenciando que tampoco cumple con los requisitos para acceder la prestación, al contar con 619.71 semanas, y el mínimo exigido, es de 1.300 semanas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, Colpensiones remitió alegatos de conclusión, indicando que no le asiste razón a la parte actora, dado que para el 1 de abril de 1994, Germán Gómez contaba con 53 años de edad, siendo en principio beneficiario del régimen de transición, sin embargo, que no cuenta con las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de los 60 años.

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

CONSIDERACIONES

La sala deberá establecer si la no inclusión de semanas no registradas en el historial del demandante obedeció a una falta de afiliación o si se trató de un

periodo de mora patronal, para seguidamente determinar la responsabilidad de COLPENSIONES frente al cobro y contabilización de tales periodos. Aclarado ello, se verificará si el actor es beneficiario del régimen de transición y, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, la fecha a partir de la cual se causó y comienza su disfrute, y sobre esa base, monto y si hay lugar al pago de retroactivo e intereses moratorios. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en los artículos 66A y 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

DIFERENCIA ENTRE MORA PATRONAL Y FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Dado que tienen causas y consecuencias distintas, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14388-2015 Radicación n.º 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P Dr Rigoberto Echeverri Bueno, grosso modo, precisó en cuanto a la mora del empleador en el pago del aporte, que se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, ello por cuanto las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores. Debiendo en consecuencia las administradoras demostrar que han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

De otra parte, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; solución que es común para las tres hipótesis de omisión que pueden presentarse, a saber: **1)** Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social: A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. **2)** Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones. Por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. Y **3)** no afiliación por omisión pura y simple del empleador. Finalmente, ante estas situaciones, la Sala ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

Diferenciación que así vista resulta necesaria al momento de decidir sobre el reconocimiento pensional, y es que pese a la afirmación del actor frente a haber laborado con la empresa Copla Ltda desde el **1 de abril de abril de 1992** de manera ininterrumpida hasta el **30 de enero de 2002**, lo cierto es que su historia laboral registra tanto periodos en mora, como periodos en los que no se encuentra afiliado.

EMPLEADOR	Periodos de no afiliación a pensiones	Periodos de mora patronal	Periodos de cotización simultanea	Total periodo a tener en cuenta	Total tiempo de servicios y/o semanas
COPLA LTDA	01 DE ABRIL DE 1992 AL 26 DE MAYO DE 1992			0	8 SEMANAS
COPLA LTDA	1 ENERO DE 1995 AL 30 DE MARZO DE 1995			0	12,85 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE AGOSTO DE 1995 AL 30 DE NOVIEMBRE DE 1995		5,59 SEMANAS NO RECONOCIDAS DENTRO DE ESTE PERIODO	5,59 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE OCTUBRE DE 1995 AL 10 DE OCTUBRE DE 1995		1,29 SEMANAS NO RECONOCIDAS DENTRO DE ESTE PERIODO	1,29 SEMANAS NO RECONOCIDAS DENTRO DE ESTE PERIODO
COPLA LTDA	1 DE DICIEMBRE DE 1995 AL 30 DE MARZO DE 1996			0	17,14 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE ABRIL DE 1996 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 1996		25,71 SEMANAS	25,71 SEMANAS
COPLA LTDA	1 DE OCTUBRE DE 1996 AL 30 DE DICIEMBRE DE 1996			12,85 SEMANAS	12,85 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE ENERO DE 1997 AL		51,43 SEMANAS	51,43 SEMANAS

		31 DE DICIEMBRE DE 1997			
COPLA LTDA		1 DE ENERO DE 1998 AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998		51,43 SEMANAS	51,43 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE ENERO DE 1999 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999		38,58 SEMANAS	38,58 SEMANAS
COPLA LTDA	1 DE OCTUBRE DE 1999 AL 30 DE DICIEMBRE DE 1999			0	12,85 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE ENERO DE 2001 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001		5 SEMANAS NO RECONOCI DAS DENTRO DE DICHO PERIODO	5 SEMANAS
COPLA LTDA		1 DE ENERO DE 2002 AL 31 DE ENERO DE 2002		4,29 SEMANAS	4,29 SEMANAS
Total semanas en mora					196,17 SEMANAS
Total semanas omisión de afiliación					50,84 SEMANAS

No existe duda alguna, de que los periodos en mora correspondientes a 182.03 semanas, deberán ser tenidos en cuenta al momento de resolver la presente solicitud de pensión de vejez, sin embargo, frente a los periodos frente a los cuales se reporta omisión de afiliación, deberá precisarse que no se encuentra acreditada la prestación de los servicios personales y subordinados del señor Germán Gómez, pues contrario a lo que estableció el a quo, no es suficiente que durante los periodos de afiliación interrumpida no obre novedad de retiro, para que sean tenidos en cuenta todos los periodos continuos.

Y es que, al verificar las documentales aportadas al plenario, se constata que el accionante allegó las resoluciones expedidas por Colpensiones, copia de reporte de semanas cotizadas, escrito del Instituto de Seguros Sociales dirigido a Copla Ltda donde indica que no se encontraron registros de pago para los ciclos 199610, 11 y 12 (periodos que serán tenidos en cuenta por cuanto dicho oficio constata que el ISS conocía de la afiliación del trabajador para dicha data), documental de periodos de afiliación al régimen de pensiones ISS donde se indica que Copla Ltda no tiene deuda, sin embargo no

hace mención a los periodos aquí reclamados, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento, sin que, como se dijo previamente, se haya demostrado la relación de trabajo o vinculación legal frente a los ciclos en los cuales no registra vinculación, a excepción de los periodos 199610, 11 y 12, conforme a lo que se indicó previamente.

Al tema en desarrollo, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, señaló en la Sentencia CSJ SL 514-2020, rad. 79953:

“(...) Para dar respuesta al cargo, conviene recordar que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo.

Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, la Sala explicó que:[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de «mora patronal» es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regida por un contrato de trabajo o ya sea por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real (...)”.

En conclusión, y si bien concluyó el a quo que debía tenerse que el actor siempre estuvo afiliado al sistema desde mayo de 1992 hasta abril de 2000, basado en que no se registró novedad de retiro en la historia laboral, lo cierto es que a criterio de la sala, el actor no logró demostrar la relación real de trabajo durante la totalidad de periodos reclamados, por lo que no serán tenidas en cuenta 50.84 semanas reconocidas en primera instancia, debiendo estudiarse si con dicha modificación, al actor le corresponde el derecho aquí deprecado.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y DE LAS SEMANAS DE SERVICIO Y/O COTIZACIÓN EFECTIVA

No es objeto de controversia en la alzada, que el señor Germán Gómez nació el 28 de octubre de 1940, conforme se lee en su cédula de ciudadanía (fl. 42); por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad,

siendo a todas luces evidente que gozaba del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la ley, beneficio que fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo parágrafo transitorio 4°, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014.

Ahora bien, en lo que interesa a la densidad de cotizaciones requeridas para mantener el beneficio, se tiene que el actor realizó cotizaciones desde el año 1967 y hasta febrero del año 2002, un total de **813.31**, cumpliendo así con suficiencia los requisitos para poder gozar del beneficio transicional, pues para la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, al **25 de julio de 2005** contaba con más de 750 semanas exigidas para mantener el régimen de transición, en orden a lo cual para pensionarse al amparo de lo dispuesto en el régimen anterior debía cumplir los requisitos allí previstos con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, de ahí que se entre a verificar si los satisfizo.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO

El régimen anterior que tenía el demandante es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, el cual establece:

“Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.” (Negrilla fuera de texto)

Atendiendo los supuestos de facto que se tienen superados en esta instancia -cobertura del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y cumplimiento de la edad para adquirir el derecho pensional-, dado que cumplió 60 años de edad el 28 de octubre de 2000, para establecer la procedencia de la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, resta únicamente determinar si el número de semanas cotizadas durante toda la vida laboral del demandante ascienden a 1.000 cotizadas en cualquier tiempo, o a 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Así las cosas, toda vez que el demandante, según reporte de semanas cotizadas aportado por Colpensiones, y teniendo en cuenta los periodos en mora y los ciclos 199610, 11 y 12, el actor cuenta con **508.19** semanas de cotización pagadas entre el 28 de octubre de 1980 y el 28 de octubre del año

2000, de las 813.31 cotizadas durante toda su vida laboral, por lo que resulta evidente que deberá concederse el reconocimiento de la pensión de vejez, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, como quiera que el señor Germán Gómez Gómez satisfizo los requisitos necesarios para acceder a la prestación pensional desde que cumplió los 60 años de edad (28 de octubre de 2000), ya que para esa calenda registraba **750.04** semanas (incluidos los periodos en mora y los ciclos reconocidos), sin que pudiera entrar a disfrutarlo desde entonces porque las distintas solicitudes pensionales que presentó fueron rechazadas por la accionada, con el argumento de no reunir los requisitos previstos en la ley, lo cual se constata con las resoluciones No. 23739 del 16 de octubre de

2002, No. GNR 223017 del 31 de agosto de 2013, VPB 5174 del 28 de enero de 2015, GNR 378743 del 26 de octubre de 2014, GNR 378743 del 26 de octubre de 2014, GNR 223017 del 31 de agosto de 2013, GNR 312053 del 24 de octubre de 2016, expedidas por el ISS y Colpensiones, entre otros tantos documentos; es por lo que para la sala resulta de recibo que el derecho pensional sea reconocido al actor, desde el día siguiente a la fecha en que se efectuó su última cotización, esto es, el **1 de febrero de 2002**, sin que pueda desconocer el fallador de primera instancia las cotizaciones posteriores efectuadas al cumplimiento de los requisitos.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, se tiene que la parte actora elevó la primera solicitud pensional el 3 de mayo del año 2001, la cual fue resuelta de manera negativa mediante la Resolución No. 133531 de 2001, siendo recurrida mediante oficio del 5 de septiembre de dicha anualidad, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 23739 del 16 de octubre de 2002, confirmando la negativa de la prestación, concediendo el pago de la indemnización sustitutiva en cuantía de \$6.315.772, la cual fuere notificada el 11 de diciembre de 2002.

El 3 de agosto de 2011, el actor presenta una nueva reclamación administrativa, la cual se resuelve mediante la Resolución No. 223017 del 31 de agosto del año 2013, negando nuevamente el reconocimiento de la prestación. Una vez presentados los recursos de ley, los mismos fueron resueltos a través de las Resoluciones 378743 del 26 de octubre de 2013 y VPB5174 del 28 de enero del año 2015, contando el actor con término hasta el 28 de enero de 2018 para presentar su demanda, y que así sus mesadas no estuvieran cobijadas por el fenómeno prescriptivo.

Asimismo, se verifica que la demanda se presentó el 20 de septiembre de 2017, es decir, que como lo indicó el a quo, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 3 de agosto de 2008 se encuentran prescritas, pues por sabido se tiene que el término prescriptivo trienal se interrumpe por una sola vez, principiando a contarse nuevamente por un lapso igual, y dado que las mesadas pensionales no fueron reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad de la primera reclamación administrativa, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en concordancia con lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST son prescriptibles, es por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en tal sentido.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE VEJEZ

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, conforme

lo explicado en las sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552¹, reiterada en la del 17 jul. 2013, rad. 45712², entre otras, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1° de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

De igual manera, en la sentencia CC SU-230 de 2015 (29 abril), se indicó que:

“(…) El ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala

¹ “Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el *“promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”*, o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

² “(…)” Así las cosas, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el consagrado **en el artículo 21** de la Ley de Seguridad Social, esto es, *“el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión”* o el promedio del ingreso base de cotización ajustado por inflación, **calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del asegurado, si resulta superior al anterior siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.**”

“De tal modo, que al haber tomado el *ad quem* el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como norma aplicable en materia de IBL para este particular asunto, en el que el actor cotizó al sistema de seguridad social integral más de 1250 semanas, concretamente 1480, es dable optar por el IBL que le resultare más favorable al afiliado, y desde esta perspectiva la Colegiatura, no vulneró la ley en la forma en que le enrostra la censura.”

“Y ello es así, por cuanto, se reitera, cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, al demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 60 años el 16 de octubre de 2007, razón por la cual tal como lo sostuvo el Tribunal, **pese a que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 ibídem.**”

“Dicho criterio ha sido acogido por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37246 del 22 de enero de 2013, que reitera la proferida el 1° de marzo de 2011, Rad. 40552.)

analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.” “(...)”. (Subrayado fuera de texto original)

En el caso concreto, como quiera que al demandante le será reconocida la pensión de vejez a partir del 1 de febrero del año 2002, le faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho, su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debiendo ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior.

Así, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, se tiene que tal y como lo estableció el juez primigenio, se tiene por acreditado que en ambos casos, la mesada es equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, sin que en ningún caso el monto pueda ser inferior a este.

Por último, y por cuanto Colpensiones fue absuelta del pago de los intereses moratorios, situación que no fue apelada por la parte actora, la sala se releva de su estudio.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GERMÁN GÓMEZ GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en cuanto dispuso incorporar en la historia laboral del demandante los periodos de cotización en mora del empleador Copla Ltda, para el periodo comprendido entre mayo de 1992 hasta abril del año 2000, para en su lugar, ordenar únicamente la incorporación de los ciclos 199610, 11 y 12, conforme lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en cuanto estableció que la pensión de vejez debía ser reconocida a partir del 28 de octubre de 2000, para en su lugar, establecer que la misma debe ser reconocida a partir del 1 de febrero del año 2002, en cuantía inicial de \$309.000, conforme lo expresado en el presente proveído.

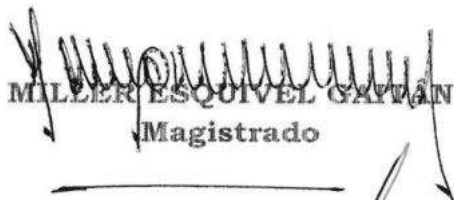
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

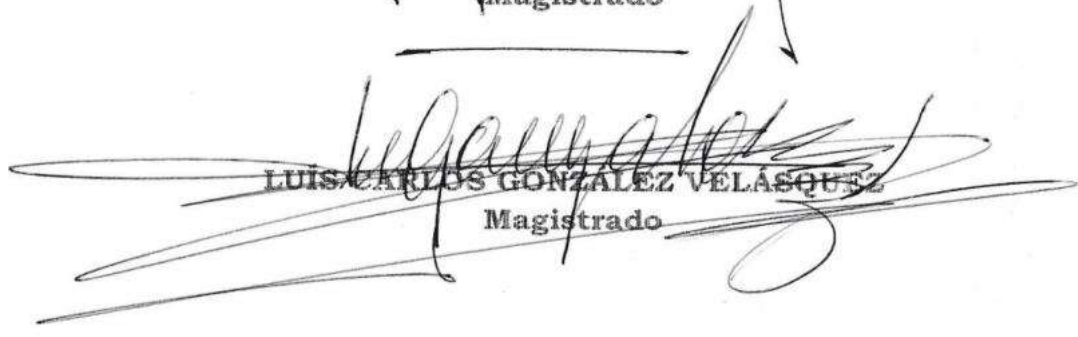
CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones conforme las resultas del proceso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105006201500594-02

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Nulidad conciliación - Pensión sanción artículo 08 de la Ley 171 de 1961.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada BOGOTÁ D.C. - FONCEP, contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA** en contra **BOGOTÁ D.C. – FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES “FONCEP”**.

ANTECEDENTES

LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA instauró demanda ordinaria laboral en contra de BOGOTÁ D.C., para que, se declare la nulidad del acta de conciliación realizada el 05 de noviembre de 1997, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud de la cual se concilió la pensión sanción a que tenía derecho; y, en consecuencia, se condena a la demandada, a reconocer, liquidar y pagar a su favor, la pensión sanción de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir de la fecha en la cual acredite cumplir los 50 años de edad, teniendo en cuenta para su liquidación los salarios promedio devengados en el último año de servicios; que, se ordene la indexación de la primera mesada pensional y el valor de la mesada pensional se determine en proporción al tiempo laborado, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los reajustes anuales; que, se ordene el pago de las mesadas pensionales causadas y no percibidas, en forma indexada, desde la fecha de su causación y hasta que se cancele el valor total de las mismas; que, se condene a la demandada, al pago de las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho como es de rigor.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 22 de mayo de 1953; que, estuvo vinculado con la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, mediante contrato de trabajo, desde el 02 de agosto de 1976 al 15 de junio de 1994, desempeñando como último cargo, el de mecánico I, catalogado como trabajador oficial, con un salario mensual de \$406.520; que, la terminación del contrato de trabajo, se produjo sin justa causa, por parte de la EDIS, quien fue liquidada mediante Decreto 495 del 31 de julio de 1996, expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Indicó que, al momento de la terminación del contrato de trabajo, no se encontraba afiliado al Sistema General de Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993; que, inició proceso ordinario Laboral, para obtener el reconocimiento de la pensión sanción causada por su despido injusto, el cual cursó en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, con el radicado 35.711 y, ante quien se surtió audiencia de conciliación el 05 de noviembre de 1997, sin que él estuviera presente, conciliando la pretensión de la pensión sanción por la suma de \$36.000.000, suma que recibió sin tener conocimiento de las consecuencias y efectos de tal decisión.

Refirió que, la pensión es un derecho irrenunciable, que, no debió conciliarse; que, es beneficiario del régimen de transición y, pese a cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión sanción, no ha logrado su reconocimiento debido a la conciliación realizada por su apoderado; que, el 21 de abril de 2015, presentó la reclamación administrativa, la cual se resolvió de manera desfavorable por la parte accionada, mediante comunicación del 09 de junio de 2015 (fls. 3-31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado de la demanda, **BOGOTÁ D.C. - FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, dio respuesta con escrito visible a folios 63 a 75, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con la terminación del vínculo laboral, que asegura lo fue con justa causa, en obediencia al Decreto expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., que ordenó la liquidación de la EDIS; que, su no afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no fue una decisión arbitraria, pues, éste comenzó a regir para el Distrito Capital, a partir del 30 de junio de 1995, fecha posterior al despido del trabajador; y que, la conciliación celebrada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, es completamente válida, pues, el actor, facultó a su apoderado para suscribirla, desistiendo de la pensión sanción que ahora pretende reclamar. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de pensión sanción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, pago y compensación y la genérica.

Igualmente propuso la excepción previa de cosa juzgada, no sólo por la conciliación suscrita ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, sino porque también el actor, había iniciado proceso ordinario laboral ante el Juzgado Quinto Laboral del mismo Circuito, con radicado 2008-00348, que finalizó con sentencia absolutoria el 30 de noviembre de 2010, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 30 de septiembre de 2011; excepción que la Juez de Primera Instancia, declaró probada en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 04 de 2018 (fls. 161-163); sin embargo, dicha decisión fue revocada por esta Sala Laboral, mediante providencia del 16 de julio de 2019, con aclaración de voto del Honorable Magistrado Dr. Miller Esquivel Gaitán (fls. 168-169).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del acuerdo conciliatorio pensión sanción, de fecha 05 de noviembre de 1997, en virtud del objeto ilícito del mismo; en consecuencia, condenó a la demandada, a reconocer y pagar la pensión sanción, regulada por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 22 de mayo de 2003, en cuantía inicial de \$907.121, junto con los aumentos legales y las mesadas 13 y 14; advirtió que el demandante, causó el derecho a la pensión sanción, con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; condenó a la indexación de las mesadas insolutas de pago, mes a mes, desde la exigibilidad de la obligación, es decir, por el periodo de causación de cada mesada, hasta cuando se produzca el pago de la obligación; autorizó a la demandada, para deducir de la condena el valor cancelado por conciliación de pensión restringida de jubilación, en la suma de \$36.000.000; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, a partir del 28 de julio de 2012 hacia atrás; condenó en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada del demandado, interpuso recurso de apelación, argumentando que, en la conciliación celebrada con el demandante, ante el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de noviembre de 1997, no existió ninguna causal de nulidad que invalidara lo actuado, tan es así, que el actor y su apoderado, profesional del Derecho, acordaron que no reclamarían suma alguna de dinero por los mismos conceptos y que desistían de las pretensiones del mismo; que, en dicho acuerdo igualmente se concilió la pretensión relacionada con la pensión sanción reclamada, teniendo en cuenta que el derecho no se había causado, ni se había hecho exigible, acuerdo que hizo tránsito a cosa juzgada y fue suscrita por un Juez de la República, cobrando plena firmeza; que, si bien se autorizó a esa Entidad, descontar los \$36.000.000 cancelados al demandante, producto del acuerdo conciliatorio, lo cierto es que, dicha suma ha perdido poder adquisitivo y, en el hipotético caso de mantener esa condena, la misma debe ordenarse

indexada, pues, la suma conciliatoria fue cancelada desde el 05 de noviembre de 1997; que, no procede el reconocimiento de la pensión sanción ordenada, porque existió una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, como lo fue la liquidación de la EDIS, además, el actor, sólo cumplió los requisitos para acceder a este derecho, el 22 de mayo de 2002; que, de haber tenido derecho a esa pensión, el porcentaje debió ser un 67.1%, sin incluir los factores tenidos en cuenta por la a-quo, esto es, todo lo devengado durante el último año de servicio, cuando conforme a lo determinado por la Corte Suprema de Justicia, debe hacerse conforme a lo señalado por los Decretos 1045 de 1978 y 3031 de 1968. Tampoco comparte la decisión de reconocer el derecho a partir del 28 de julio de 2012, toda vez que la demanda fue presentada en el año 2015 y, solicitó que, en Segunda Instancia, se autorice a esa demandada, para realizar los descuentos a salud del actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el FONCEP, reiteró su petición para que se revoque en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, ante la inexistencia de nulidad de la conciliación celebrada el 05 de Noviembre de 1997, en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que mediante auto indicó que se aceptaba el desistimiento manifestado por la parte demandante, sobre las pretensiones del proceso, excepto la relacionada con la pensión sanción que es la que de común acuerdo se concilió, tal como aparece en la manifestación de las partes, que hace concluir que el demandante, si tenía un conocimiento expreso de lo que estaba suscribiendo; además, tampoco se observa que exista causal de nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del proceso adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por ende las actuaciones realizadas por el despacho judicial se encuentran en firme, máxime si la parte actora, tenía un apoderado judicial que representara sus intereses, lo cual hace *per-se* que haya cosa juzgada al respecto. Adicionalmente advirtió que, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, señala que el trabajador, debe ser despedido sin justa causa, lo cual en este caso no se dio, ya que, el señor LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA, finalizó su vínculo laboral el día 15 de junio de 1994, por la liquidación de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - EDIS, y tal como se ha expresado por la jurisprudencia, la liquidación y supresión de empleos se produjo como consecuencia, de la modernización y adecuación a los fines esenciales del Estado y el consecuente mejoramiento del servicio, por lo tanto, el despido del trabajador no puede entonces devenirse en injusto, cuando seguía parámetros constitucionales superiores.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar *i)* si el actor, cumple con los requisitos para acceder a la pensión sanción reclamada; y, en caso afirmativo, *ii)* si ese derecho pensional, era susceptible de conciliación, como en efecto ocurrió el 5 de noviembre de 1997, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá; *iii)* si la pensión sanción ordenada por la a-quo, fue debidamente liquidada, con los factores salariales y la tasa de reemplazo proporcional al tiempo de servicios prestado por el demandante, a la EDIS; *iv)* si procede la deducción indexada, a favor de la demandada, de la suma conciliatoria cancelada al actor; y *v)* si se deben autorizar los descuentos en salud de la pensión sanción otorgada.

DEL VÍNCULO LABORAL

No se discute que el demandante, estuvo vinculado laboralmente a la Empresa Distrital de Servicios Públicos -EDIS, del 02 de agosto de 1976 al 15 de junio de 1994, donde desempeñó como último cargo el de mecánico I; vínculo laboral que terminó por la liquidación de esa Empresa, conforme al Acuerdo 41 de 1995 y los Decretos 157 y 159 de 1994 (fls.44-49).

DE LA PENSIÓN SANCIÓN

Alega la parte demandada, que el actor, no es beneficiario de la pensión sanción ordenada en Primera Instancia, pues, la terminación de su contrato de trabajo se produjo con justa causa, debido a la liquidación de la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS.

Al respecto, dispone el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que:

“Artículo 8º. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

PARÁGRAFO. _ Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.”

Así pues, tratándose de la pensión sanción por despido injusto, son dos los requisitos esenciales para acceder a su reconocimiento de una entidad oficial, en primer lugar, que los servicios hayan sido prestados por más de 10 años continuos o discontinuos y, en segundo lugar, que el trabajador, haya sido retirado del empleo de manera unilateral e injusta por parte del empleador, supuestos que se demostraron dentro del proceso, pues, como quedó visto, el demandante laboró un total de 17 años, 10 meses y 13 días al servicio de la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – EDIS, tal y como obra en el certificado de información laboral visible de folios 44 a 55, y finalizó su contrato de manera unilateral e injusta por liquidación de la misma, en los términos del Decreto 157 de 1994; y, es que, si bien la demandada FONCEP, afirma que el vínculo laboral, terminó con justa causa ante la liquidación de dicha Empresa, la clausura de la entidad, es una causal legal de terminación del contrato de trabajo tal y como se estipula en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, pero no justa, habida cuenta que las justas causas para su terminación se encuentran delimitadas y enlistadas de manera taxativa en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 al tratarse de un trabajador oficial, no siendo el cierre o liquidación una de ellas, lo que impone en cabeza del empleador, la obligación de indemnizar a su trabajador.

Sobre el particular, de antaño, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 8247 de 1996, puntualizó:

“Sobre ésta forma de finalización del vínculo contractual laboral, ya ha tenido oportunidad la Corte de manifestarse al examinar otros casos análogos, para cuya definición ha memorado innumerables pronunciamientos en los cuales ha hecho clara diferenciación entre el despido autorizado legalmente y el despido con justa causa, haciendo ver que no siempre el primero obedece a uno de esos determinados motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan "justas causas", como son, en tratándose del trabajador oficial, las que establecen los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y no otras, porque a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa forma de denominación.

Como en los casos anteriores debe la Sala advertir, según lo que viene de expresarse, que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se

excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal, distinto al previsto por una de las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 establece los modos de finalización del vínculo laboral, y para el sub-exámine los Decretos 2138 de 1992 y 619 de 1993 permitieron la supresión del cargo y consiguiente desvinculación, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto 2127, aludidas también en el literal g) del citado artículo 47”.

En tal orden, bien puede afirmarse que el demandante, consolidó o causó su derecho la pensión sanción, el 15 de junio de 1994, cuando terminó su contrato de trabajo, quedando por consiguiente supeditada la exigibilidad de la pensión a la fecha en la que cumpliera la edad de 50 años, lo cual ocurrió el 25 de mayo de 2003, teniendo en cuenta que nació el mismo mes y año de 1953, según copia del registro civil de nacimiento, que milita a folio 52 del plenario.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 5 de febrero de 2008, radicado 29990, en la que puntualizó: “*La edad no es un requisito de causación del derecho a la pensión restringida. En lo atinente a la edad como requisito de exigibilidad de las pensiones restringidas, ha sido conteste y reiterada la jurisprudencia de la Corte en incontables fallos, hoy muchedumbre, en el sentido de considerar que ella no es un elemento de causación del derecho, sino de su exigibilidad. Así fue concebida desde sus comienzos, dada la caducidad prescrita en la parte final del original artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo (...)*”

En esas condiciones, queda determinado que, el demandante, sí era beneficiario de la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a la terminación del vínculo laboral con la EDIS, debiendo entonces verificar ahora la Sala, si tal derecho, podía ser o no objeto de conciliación, como en efecto ocurrió.

DE LA NULIDAD DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN

Alega la parte accionada, que el acuerdo de conciliación celebrado el 05 de noviembre de 1997, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, y, en el que de común acuerdo se concilió la pensión sanción aquí reclamada, es completamente válido, pues, aunque el documento se suscribió por el apoderado del demandante, éste se encontraba facultado para actuar en esa diligencia por él; además, el derecho no se había causado, ni era exigible, por lo tanto, era susceptible de conciliar.

La conciliación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, dos o más personas solucionan por sí mismas sus controversias, bajo la supervisión de un tercero neutral y calificado. Es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica en donde su

consentimiento y voluntad están encaminados a dar por terminado un conflicto.

En cuanto a los efectos de la conciliación, la doctrina y la jurisprudencia han sido claras en enseñar que por tratarse de un negocio jurídico en el que se verifica un acuerdo de voluntades, que además es supervisado por un tercero calificado, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Quiere decir lo anterior que el acta de conciliación tiene prácticamente los mismos efectos de una sentencia judicial. En ese orden de ideas, se puede concluir que para que una conciliación pierda validez se debe demostrar que existió algún vicio del consentimiento o tener objeto o causa ilícita.

Respecto a los derechos mínimos irrenunciables del trabajador, los artículos 13, 14 y 15 del CST, principios generales que rigen toda relación de trabajo, establecen que:

“ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

ARTICULO 14. CARACTER DE ORDEN PUBLICO. IRRENUNCIABILIDAD. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”.

Asimismo, el artículo 11 del Decreto 2127 de 1945, para el caso de los trabajadores oficiales, dispone que *“Los derechos consagrados por las leyes en favor de los trabajadores, no son renunciables...”*

Ahora, en cuanto a la conciliación de la pensión restringida de jubilación, debidamente causada a favor del trabajador, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 09 de febrero de 2019 con radicación 53019, que:

“...2. LA CONCILIACIÓN Y SUS EFECTOS DE COSA JUZGADA VS. DERECHOS CIERTOS, INDISCUTIBLES E IRRENUNCIABLES

Una característica propia de toda relación contractual la constituye la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, en las relaciones laborales esa libertad se halla limitada por los principios tuitivos del derecho del trabajo y de la seguridad social que propenden por la garantía de los derechos del trabajador, quien dada su condición de subordinado se torna en la parte débil de la relación contractual.

Por ello, las constituciones contemporáneas y los estatutos laborales de muchos países -principalmente latinoamericanos- establecen como principio rector del

derecho del trabajo, entre otros, el de la irrenunciabilidad a los derechos mínimos establecidos en normas laborales a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor.

Con ese sentido social y protectorio del trabajo humano, el art. 53 de la C.P. - que si bien no se encontraba vigente en la época de los hechos ahora en discusión, sirve de marco referente-, consagra «los principios mínimos fundamentales del trabajo» entre otros, el de la «irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales». Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, «contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores» (art. 13); con esa orientación, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos «[n]o produce efecto alguno» y, bajo el concepto de orden público (art. 14), determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, «salvo los casos expresamente exceptuados por la ley».

En ese contexto, una interpretación armónica de los dos preceptos -arts. 13 y 14 del C.S.T.- permite afirmar que en nuestra legislación laboral existen derechos mínimos que son irrenunciables y, otros, que en virtud de normas constitucionales y legales, bien pueden ser objeto de disposición a través de mecanismos tales como la transacción o la conciliación, instituciones que de cara al principio protectorio y los fines y valores constitucionales resultan igualmente legítimas para evitar conflictos en las relaciones sociales y facilitar el saneamiento de las controversias en el marco de una justicia consensual.

De manera que en el sub lite, como quedo (sic) dicho a espacio, cuando el trabajador ahora demandante decidió conciliar la «(...) pensión restringida por el tiempo de servido en forma discontinua (...), dada la situación especial que no estuve afiliado al ISS (...)» (fl. 13), indubitadamente, tal cual lo estableció el Tribunal, renunció a un derecho cierto e indiscutible que había causado en su favor y que solo estaba pendiente del cumplimiento de la edad para su exigibilidad.

Es decir, no erró el colegiado de segunda instancia a la luz del ordenamiento jurídico (arts. 13, 14 y 15 del C.S.T.), cuando declaró de oficio la nulidad de la conciliación por objeto ilícito, al advertir que conforme al inc. 2º del art. 8º de la L. 171/1961, el demandante ya había causado su derecho a la pensión legal restringida de jubilación y, en consecuencia, se trataba de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable.

Ahora, si bien es cierto la conciliación, en principio, se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, es inmutable, ello solo será así siempre y cuando su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no produzca lesión a la Constitución y ley...

Milita a folios 34 y 35 del plenario el acta de conciliación celebrada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de noviembre de 1997, dentro del proceso Ordinario Laboral, con radicado 35.711 de LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA contra la EDIS, donde se advierte que:

“De común acuerdo hemos decidido CONCILIAR la pretensión que se demanda relacionada con la Pensión Sanción a favor del señor LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA, teniendo que el derecho no se ha causado ni hecho exigible, por lo que se trata de una mera expectativa y además por ser una prestación que está a cargo del empleador que puede ser conciliada.

Como quiera que a la fecha esta pensión no es obligatoria ni exigible legalmente para la Entidad demandada en razón a que el demandante no acredita los requisitos por lo que está limitada hacia el futuro y que no se ha proferido fallo judicial que la declare, las partes acuerdan conciliarla en la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$36.000.000) suma que será girada al apoderado del demandante, quien tiene poder para recibir, dentro delos 30 días siguientes a la fecha de la presente Acta. Este pago está respaldado con la disponibilidad presupuestal número 2588 del 7 de octubre de 1997.

El demandante y su apoderado, manifiestan bajo la gravedad de juramento que no han cobrado ni cobraran sumas por estos mismos conceptos y que desisten de todas las demás pretensiones del proceso y de las que puedan surgir sobre los mismos hechos que originaron la presente acción y a la vez respecto de cualquier obligación de tipo laboral que pueda generarse hacia el futuro...”

Por lo tanto, acreditado como se encuentra en el presente caso, que, a la suscripción de la conciliación ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de noviembre de 1997, el trabajador, ya había adquirido el derecho a la pensión sanción, resulta procedente declarar la nulidad de dicho acuerdo, pues, deviene en objeto ilícito, por contravenir un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable; resultando acertada la decisión de la Juez de Instancia, al declarar la nulidad de ese acuerdo conciliatorio, por vulnerar los derechos mínimos del actor.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN SANCIÓN

Otra de las inconformidades de la parte accionada, es el valor de la pensión sanción otorgada al actor, la tasa de reemplazo y la fecha de pago de la misma, teniendo en cuenta que operó parcialmente la excepción de prescripción.

Comoquiera que, solicita la parte recurrente, verificar los factores salariales y el promedio del último salario devengado por el demandante, teniendo en cuenta la certificación de devengados, durante su último año de servicios allegada al plenario (fls. 44-49), procede la Sala, a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, así:

Sumatoria de los salarios último año							
Desde	Hasta	Sueldo	Alimentación	Transporte	Auxilio lavado	Prima de Antigüedad	Festivos
16/06/1993	30/06/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 3.750,00	\$ 1.387,00	
1/07/1993	15/07/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.815,00	\$ 1.387,00	
16/07/1993	31/07/1993	\$ 73.655,00	\$ 3.771,00		\$ 1.815,00	\$ 1.387,00	
1/07/1993	15/08/1993	\$ 73.655,00	\$ 16.890,00	\$ 3.771,00		\$ 1.386,00	
16/08/1993	31/08/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00		\$ 1.387,00	
1/09/1993	15/09/1993	\$ 73.655,00			\$ 1.875,00		
16/09/1993	30/09/1993	\$ 73.655,00	\$ 7.319,00	\$ 3.268,00	\$ 3.750,00	\$ 1.202,00	\$ 117.848,00
1/10/1993	15/10/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.815,00	\$ 1.387,00	\$ 29.462,00
16/10/1993	31/10/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 9.073,00	\$ 1.387,00	\$ 4.327,00
1/11/1993	15/11/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.875,00	\$ 1.387,00	
16/11/1993	30/11/1993	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.875,00	\$ 1.387,00	\$ 29.462,00

1/12/1993	31/12/1993	\$ 147.310,00	\$ 16.890,00	\$ 7.542,00	\$ 3.629,00	\$ 2.773,00	\$ 44.193,00
1/01/1994	15/01/1994	\$ 73.655,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.815,00	\$ 1.387,00	
16/01/1994	31/01/1994	\$ 109.157,00	\$ 14.055,00	\$ 5.205,00	\$ 2.723,00	\$ 2.025,00	
1/02/1994	1/02/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00		\$ 1.706,00	
16/02/1994	15/02/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00		\$ 1.706,00	
1/03/1994	1/03/1994	\$ 91.406,00	\$ 14.731,00				
16/03/1994	31/03/1994	\$ 91.406,00	\$ 9.750,00	\$ 3.889,00		\$ 1.478,00	\$ 18.281,00
1/04/1994	15/04/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00		\$ 1.706,00	
16/04/1994	30/04/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00		\$ 1.706,00	\$ 9.141,00
1/05/1994	15/05/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00	\$ 15.625,00	\$ 1.706,00	
16/05/1994	31/05/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00	\$ 2.232,00	\$ 1.706,00	
1/06/1994	15/06/1994	\$ 91.406,00	\$ 11.250,00	\$ 4.488,00	\$ 2.307,00	\$ 1.706,00	
Totales		\$ 1.815.671,00	\$ 212.826,00	\$ 77.717,00	\$ 50.409,00	\$ 30.515,00	\$ 252.714,00

Sumatoria del salario último años	\$ 2.439.852,00
Promedio mensual a 1994	\$ 203.321,00

Conforme a lo establecido por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, la cuantía de la pensión sanción será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del CST. Entonces, teniendo en cuenta que el señor LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA, laboró al servicio de la EDIS, del 02 de agosto de 1976 al 15 de junio de 1994, esto es, un total de 17 años, 10 meses, 13 días, que corresponden a 6.434 días, la tasa de reemplazo, directamente proporcional al tiempo de servicios laborado es del 67,02%.

Ahora, en cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, se obtiene lo siguiente:

Promedio Salarial último año	=	\$ 203.321,00		
Fecha de Retiro	=	15-jun-94		
Fecha de pensión	=	22-may-03		
Fórmula	VA =	Vh.	x	$\frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC inicial}}$
	VA =	\$ 203.321	x	$\frac{53,07}{14,89}$

Promedio último año Actualizado	\$ 724.663,90
Porcentaje de la pensión	67,02%
Valor de la primera mesada 2003	\$ 485.675,78

En ese orden de ideas le asiste razón a la demandada, en cuanto a que el valor de la primera mesada pensional a favor del demandante, es inferior a la ordenada por la Juez de Primera Instancia, razón por la cual se modificará la parte resolutive de la sentencia apelada, condenando al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP, a reconocer y pagar a favor del señor LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA, la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en cuantía de \$485.675,78, junto con los reajustes legales y las mesadas adicionales.

Igualmente, se autorizará al FONCEP, a efectuar los descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del actor, como beneficiario de la pensión sanción, con el fin de que sea transferido a la EPS, a la que se encuentre afiliado

En cuanto a la prescripción, aunque la demandada, manifestó su inconformidad respecto a la fecha desde la cual se declaró esta excepción, lo cierto es que, la parte actora, conforme al acta de reparto obrante a folio 1 del plenario, interpuso la presente demanda, el 28 de julio de 2015, resultando acertada la decisión de la a-quo, al declarar, conforme a lo establecido por el artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST, prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de julio de 2012, esto es, 3 años atrás de la presentación de la demanda, con la cual se interrumpió el término prescriptivo.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de indexar el valor de la suma conciliatoria de \$36.000.000, cuya deducción se autorizó a la demandada, de la pensión sanción, basta señalar que, aunque la asiste razón a la accionada, en cuanto a que ha transcurrido un tiempo considerable entre la fecha de la conciliación celebrada entre las partes (05 de noviembre de 1997), y la sentencia proferida en Primera Instancia, dentro de este asunto (25 de febrero de 2020); lo cierto es que, tal pretensión no fue objeto de debate en el proceso, ni se solicitó a través de una demanda en reconvención; adicionalmente, dicha suma fue un valor neto cancelado al demandante, y mal podría exigírsele la devolución de una cuantía superior, que representaría para la parte demandada, un enriquecimiento sin justa causa, por recibir más de lo pagado y que se canceló al actor, sin que fuera procedente.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Sin Costas en esta Instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **CONDENAR** al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP**, a reconocer y pagar a favor del señor **LUIS FELIPE ORTIZ BONILLA**, la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en cuantía de \$485.675,78, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: AUTORIZAR al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, a efectuar los descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del actor, como beneficiario de la pensión sanción, con el fin de que sea transferido a la EPS, a la que se encuentre afiliado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

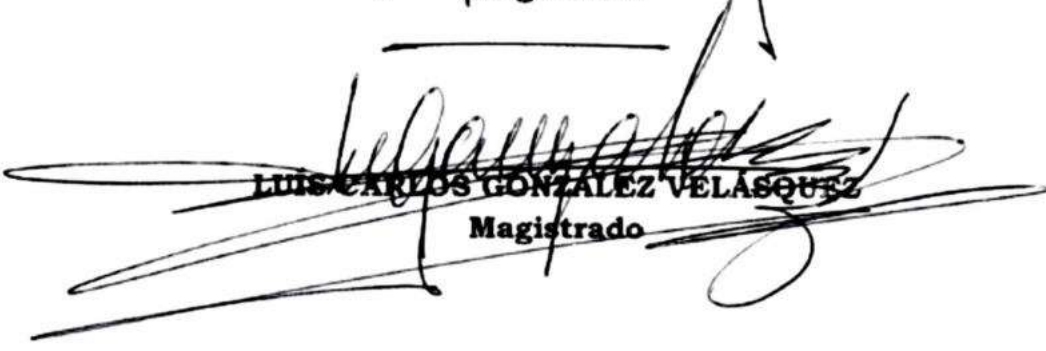
CUARTO: Sin **COSTAS** en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105008201600601-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Indexación de la Primera Mesada Pensional – Intereses Moratorios.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante, el demandado BANCO POPULAR y el vinculado DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **IVÁN RESTREPO RESTREPO** en contra del **BANCO POPULAR S.A.** con la vinculación del **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y PENSIONES DE ANTIOQUIA.**

ANTECEDENTES

IVÁN RESTREPO RESTREPO instauró demanda ordinaria laboral en contra del BANCO POPULAR, para que, se condene a reconocer el reajuste o indexación de la primera mesada pensional a partir del 10 de diciembre de 1991, en la pensión que le fue reconocida por el demandado, mediante resolución No. 243 de 1992; que, se condene a reconocer que la primera mesada pensional a su favor, es la suma de \$133.546,06 que corresponde al 75% del último salario devengado debidamente indexado, esto es, desde el 05 de julio de 1979, fecha de retiro del Banco, hasta el 10 de diciembre de 1991, cuando adquirió el derecho a la pensión de jubilación; que, se condene al demandado, al reajuste o indexación de las mesadas subsiguientes a la primera mesada pensional, retroactivo, junto con las mesadas adicionales de julio y diciembre de cada año, incluyendo los incrementos por reajuste anual ordenados por la ley; que, se condene al Banco Popular, al pago de las diferencias pensionales que se lleguen a causar en el futuro, entre la pensión de vejez otorgada por el ISS hoy COLPENSIONES y la pensión reconocida y reajustada por el Banco Popular, la

cual es compartida, quedando a cargo del Banco Popular el pago del mayor valor, si lo hubiere; que, se condene al demandado, al pago de intereses de mora, a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, durante todo el tiempo en que se encuentre pendiente la obligación constitucional reclamada, en la forma establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el numeral 4 del artículo 195 del CPACA; que, se condene a la demandada al cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en los artículos 100 y 109 del CPTSS, concordante con el artículo 306 del CGP y 177 del Código Contencioso Administrativo o que se tenga al Banco demandado constituido en mora de la obligación de indemnizar y pagar los reajustes de la pensión oficial de jubilación como lo establece la Ley 33 de 1985, al momento de notificación de la demanda en los términos del artículo 94 del CGP; que, se condene al demandado al pago de las agencias en derecho y costas procesales.

De manera subsidiaria y, en el evento de que no se reconozca a su favor, los intereses de mora reclamados, solicitó a modo de restablecer el equilibrio económico de la presente prestación, que se le pague la indexación de los valores dejados de cancelar, es decir, del retroactivo que se debe pagar por este concepto.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios personales, subordinados y remunerados mediante contrato de trabajo al Banco Popular S.A., desde el 25 de octubre de 1958 y el 4 de julio de 1979, por un período de 21 años 5 meses y 6 días; devengando como salario promedio mensual durante el último año de servicios \$11.785,36 de acuerdo al numeral 6 de la resolución 243 del 5 de diciembre de 1992; que, el tiempo de servicios a la entidad bancaria demandada, se realizó cuando éste ostentaba la calidad de empresa oficial del Estado, pues a partir del 4 de diciembre de 1996 se privatizó.

Indicó que, el 10 de diciembre 1991 cumplió 55 años de edad y el Banco Popular S.A., le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación, a través de la resolución 243 de 1992 por la suma de \$51.720 reajustada según el Decreto 3074 de 1968; sin embargo entre el 5 de julio de 1979 fecha en que se produjo su retiro de la demandada, y el 10 de diciembre de 1991 cuando cumplió los 55 años de edad, se produjo una desvalorización acumulada del peso colombiano, por lo que considera que la entidad financiera accionada, le debe reconocer una pensión de jubilación oficial a partir del 10 de diciembre de 1991 en cuantía de \$133.546,06 debidamente indexada, conforme a lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución nacional.

Refirió que, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo cuarto del Decreto 2527 de 2000; que, la pensión de jubilación, es compartida con el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, quien, mediante resolución 659 de 1997, le reconoció pensión de vejez a partir del 10 de enero de 1996 con una mesada pensional por valor de \$142.125; que, presentó reclamación

administrativa mediante escrito radicado ante el demandado, el 9 de septiembre de 2016, del cual obtuvo respuesta negativa, el 19 de septiembre de ese mismo año, argumentando que no le asistía derecho alguno a la indexación reclamada, pues la prestación se reconoció bajo lo previsto en la legislación vigente que no contenía dicha obligación (fls. 4-15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado **BANCO POPULAR**, dio respuesta con escrito visible a folios 79 a 89, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; respecto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación, que aclaró fue concedida al actor, acorde con las normas del sector oficial, las cuales no contemplan la actualización de la base salarial, ya que no se liquidó el IBL con los aportes cotizados para pensiones; además que, el Departamento de Antioquia, asume una cuota parte de la pensión, por lo que, de emitirse una eventual condena, ésta también debería ser asumida por aquel. Formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES, cobro de lo no debido, obligaciones pensionales a cargo del Departamento de Antioquia y presunción de legalidad de la Resolución 243 de 1992 proferida por el Banco Popular y de la del 11/02/17 del Departamento de Antioquia y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez. Adicionalmente, solicitó que, en el evento de resultar condenado, se autorizara realizar los descuentos para el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Igualmente, propuso las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario con COLPENSIONES y el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA; la cual se declaró parcialmente probada por la a-quo, en audiencia del 05 de octubre de 2017, ordenando la integración al proceso de la Caja de Previsión Departamental de Antioquia (fl. 142).

Por auto del 07 de mayo de 2018, se aclaró que, ante la extinción de la Caja de Previsión Departamental de Antioquia, el llamado a integrar el litisconsorcio necesario era el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA** (fl. 144), por lo que notificado éste, dio contestación, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, dijo atenerse a las pruebas allegadas al proceso; señalando que, el actor, también prestó sus servicios a ese Departamento, del 1 de febrero al 26 de octubre de 1958 como mecanógrafo asignado al grupo de trabajo sección cuentas departamentales contabilidad e informes financieros contraloría en calidad de empleado público, presentando renuncia al cargo el 27 de octubre de 1958 la cual fue aceptada mediante Decreto 7 del 28 de enero de 1959. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, falta de causa para pedir, compensación, buena fe, prescripción y la genérica; además, también presentó como excepciones previas, la inepta vinculación y falta de legitimación en la

causa por pasiva; no obstante, en audiencia celebrada el 12 de marzo de 2020, desistió de la primera y respecto a la segunda, solicitó que fuera estudiada como excepción de fondo.

De otra parte, por solicitud del Departamento de Antioquia (fl. 315), por auto del 28 de febrero de 2019, la Juez de Instancia, vinculó al proceso a **PENSIONES DE ANTIOQUIA**, ente que asumió el pasivo pensional de quienes prestaron sus servicios para ese Departamento (fls. 316-317); notificada en legal forma, esa Entidad, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, por estar destinadas al Baco Popular, además que, el actor, no es su pensionado, ni cancela cuota parte a la accionada, por él. Respecto a los hechos, dijo no constarle ninguno de ellos y, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y exoneración del pago de costas procesales (fls. 334-336).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 10 de julio de 2020, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que al demandante, le asistía derecho a la indexación de la primera mesada pensional a partir del 10 de diciembre de 1991, estableciendo como cuantía de la misma la suma de \$121.810,82, monto que deberá reajustarse anualmente conforme la ley; condenó al BANCO POPULAR a pagar al actor, las diferencias que existen entre la mesada pensional que venía reconociendo frente a la otorgada en la sentencia, las cuales deberán ser calculadas tomando como primera mesada la suma de \$121.810,82, precisando que a partir del 10 de diciembre de 1996, el Banco Popular, sólo deberá cancelar el mayor valor que exista entre la pensión reconocida por el ISS, y la que deberá calcularse conforme a la indexación de la primera mesada, precisando que el pago de las diferencias ordenadas, debe efectuarse a partir del 09 de septiembre de 2013 en adelante, debidamente indexados; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 09 de septiembre de 2013 y declaró no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas; absolvió a PENSIONES DE ANTIOQUIA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas y al BANCO POPULAR, de las demás pretensiones propuestas en su contra. No impuso condena en costas.

Por solicitud del demandado BANCO POPULAR, la a-quo, adicionó la sentencia, condenando al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, a pagar las diferencias de la cuota parte que le corresponden, lo cual se determinará entre ese Departamento y el Banco Popular, conforme haya sido otorgado el reconocimiento de la pensión al actor; además, autorizó a esas demandadas a realizar los descuentos a salud respectivos, conforme a la ley.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión los apoderados del demandante, el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y el BANCO POPULAR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **DEMANDANTE**, solicitó que se reconozcan en Segunda Instancia, los intereses moratorios, ya que, conforme a lo establecido en el artículo 1609 del C.C., el pago total de la deuda incluye los intereses o indemnizaciones a que haya lugar, como en el presente caso, por el no pago oportuno de las mesadas pensionales debidamente indexadas.

El **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**, pidió que se revisen las pruebas allegadas al proceso, con las cuales se demuestra que ha cumplido con la actualización de los valores correspondientes a la cuota parte que le corresponde cancelar de la pensión de jubilación que recibe el demandante; que, debe tenerse en cuenta la falta de legitimación en la causa y todas las excepciones propuestas en la contestación de demanda; y además, dijo que debe revisarse de manera oficiosa la totalidad de la decisión de Primer Grado y la liquidación de los valores a través de los cuales se determinó el valor de la primera mesada pensional del actor.

El **BANCO POPULAR**, señaló que, no procede la indexación de la primera mesada pensional reconocida al demandante, pues, la ley mediante la cual se estructuró ese beneficio pensional, esto es, el Decreto Ley 3135 de 1968, no contemplaba en ningún momento la posibilidad de indexación, por el contrario, esa situación sólo se admitió a partir de la Ley 4 de 1976, cuando se consideró que eventualmente las pensiones reconocidas podrían ser inferiores al salario mínimo legal de la época en que el pensionado adquirió el estatus de pensión; que, si bien el derecho a la indexación se reconoce conforme a criterios jurisprudenciales, esa Entidad bancaria, los respeta pero no comparte, pues, si la ley no tiene efectos retroactivos, mucho menos los pueden tener las instrucciones o guías de las altas Cortes; que, en el evento de confirmar la decisión de Primera Instancia, se debe analizar la formula aplicada por el Juzgado, para hallar la pensión inicial de \$121.810,82, por considerarla equivocada y sustancialmente diferente a la que le correspondería, de modo que todas las diferencias que se ordene cancelar a partir del 9 de septiembre de 2013 y la indexación que se ordena sobre esas mesadas pensionales, también se alteran.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante, solicitó mantener la sentencia recurrida, en cuanto al punto de la Indexación de la primera mesada pensional; ya que es un derecho de carácter constitucional y en consecuencia de carácter universal, ya que, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afecta por igual a todos los pensionados. En cuanto al punto de los INTERESES DE MORA de

que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pide se modifique éste, y en su lugar se condene a la demandada, al pago de intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales tienen por objeto sancionar a las entidades pagadora de pensiones, cuando actúan negligente o de mala fe, frente a los pensionados, retarden o eludan el pago de la pensión obligadas a efectuar.

El BANCO POPULAR, indicó que no aceptaba la condena impuesta, pues, considera en forma invencible que no procede la indexación de la mesada pensional o de la pensión inicial que se le reconoció al demandante, por los servicios que tuvo en principio a la caja de previsión del departamento de Antioquia y a cargo del banco popular hasta el 4 de julio de 1979 pensión que se reconoció a partir del mes de diciembre desde 1992 por cumplir en esa fecha el estatus pensionado, comoquiera que, la ley mediante la cual se estructuró ese beneficio pensional, el Decreto Ley 3135 de 1968 no contemplaba en ningún momento la posibilidad de indexación.

El DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, por su parte, ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación respecto al no derecho de la indexación de la primera mesada pensional a favor del demandante.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos, la Sala, deberá determinar *i)* si le asiste o no derecho al demandante, a que se reajuste el monto de la pensión que actualmente viene devengando con ocasión a la indexación de la primera mesada pensional y sus posteriores reajuste; *ii)* si el vinculado DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA debe reajustar el valor correspondiente a la cuota parte de la pensión de jubilación reconocida al demandante; y, *iii)* si procede o no el reconocimiento de los intereses moratorios a favor del actor.

DEL STATUS PENSIONAL

No fue materia de controversia por ninguna de las partes la condición de pensionado que ostenta el señor IVÁN RESTREPO RESTREPO, la que en todo caso se encuentra plenamente acreditada con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda por las demandadas y la copia de la Resolución No. 243 de 1992, de la que se logra establecer que al actor le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación en cuantía inicial de \$51.720, a partir del 10 de diciembre

de 1991 y hasta el cumplimiento de los 60 años de edad, cuando empezó a disfrutar de la pensión de vejez otorgada por el ISS, según resolución 000659 del 22 de enero de 1997 (fls. 40 y 102), quedando a su cargo sólo el mayor valor, si lo hubiere.

DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Sostiene el demandado, que no procede la indexación solicitada por el actor, ya que la pensión reconocida lo fue de acuerdo a una norma que no contiene precepto alguno que obligue a las entidades públicas a efectuar indexación o actualización del salario al momento de liquidar la pensión en la forma como lo ordenó el Juzgado.

Al respecto, considera la Sala, errada la apreciación del demandado, pues, independientemente del soporte jurídico empleado para el reconocimiento del derecho pensional y la naturaleza de la prestación, la indexación procede, por tratarse de una simple actualización de una obligación dineraria, con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores y en este caso del pensionado debido a los fenómenos inflacionarios. Así lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 10 de mayo de 2017, con radicación 49669, en la que indicó:

“...de cara al tema jurídico propuesto, esto es, la actualización del ingreso base de liquidación, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Así las cosas, la tesis de esta Sala, sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991 y su respaldo, se funda en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como lo son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en la aludida sentencia, la Sala asentó su nuevo criterio en los siguientes términos:

De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios

constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.

En este orden, al margen de que las pensiones reconocidas a los actores tuvieran fundamento convencional o legal, resultaba procedente la actualización del ingreso base de liquidación...”

En el presente caso, teniendo en cuenta que la terminación del vínculo laboral del demandante, con el Banco Popular, se produjo el 04 de julio de 1979 (fls. 91-92) y que, la pensión de jubilación sólo le fue reconocida a partir del 10 de diciembre de 1991, cuando cumplió los 55 años de edad, resulta acertada la decisión de la Juez de Instancia, al reconocer la indexación de la primera mesada deprecada, sin consideración a su origen o naturaleza, ante el impacto del fenómeno económico de la inflación, pues, ha transcurrido un tiempo considerable entre la fecha de terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, que evidentemente desmejoró el ingreso base de liquidación de la misma.

Por otro lado, tampoco resulta de recibo el argumento de que la pensión de jubilación fue reajustada elevando su cuantía al valor del salario mínimo legal para la época de su reconocimiento, pues, que las pensiones sean inferiores a la remuneración básica legal, es una prohibición constitucional, distinta a la disposición también consagrada en la Carta Política, de que “*El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*” (Artículo 53 CP).

Tampoco le asiste razón al vinculado DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, en cuanto a la actualización de la cuota parte, de la pensión de jubilación, a su cargo, pues, se reitera, los reajustes, en nada se equiparan a la indexación de la primera mesada pensional, como lo explica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de abril de 2016, con radicación 45534, en la que reiteró la 39628 del 13 de marzo de 2012, que explicó la diferencia conceptual entre indexación del IBL y el reajuste anual de las pensiones, así:

“...En efecto, el instituto jurídico que –inapropiadamente, a juicio de la Corte- se ha dado en denominar “indexación de la primera mesada pensional” propende por la actualización de la base salarial de liquidación de la pensión, esto es, que el salario con que ésta se liquida no sufra pérdida alguna en su poder adquisitivo, en razón del tiempo transcurrido desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios por parte del trabajador hasta la de reconocimiento de la pensión.

Para decirlo con otro giro, persigue que el monto inicial del beneficio pensional no sufra deterioro económico, frente al envilecimiento significativo del salario devengado por el trabajador cuando feneció el nexo de trabajo.

A su vez, con el reajuste anual se busca que la pensión, en tanto prestación de tracto sucesivo, no se rezague en su ingrediente económico, al punto que su capacidad de compra se reduzca dramáticamente, en evidente perjuicio de una población de suyo vulnerable, como es la de los pensionados, con sus potencialidades físicas y psíquicas notablemente disminuidas...”

Ahora, en cuanto a la liquidación y valor de la primera mesada pensional indexada, que constituye una inconformidad, tanto del Banco demandado, como del vinculado DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, basta señalar que desde las sentencias con radicación 30602 y 31222, ambas del 13 de diciembre de 2007, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adoptó la fórmula que debe utilizarse para la aplicación de la indexación, indicando:

“...Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

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

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.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...”

Así las cosas, comoquiera que el señor IVÁN RESTREPO RESTREPO, tiene derecho a que se le actualice la pérdida de valor del salario del último año de servicios (1979), que para esa calenda era de \$8.839,02 y la fecha en que cumplió la edad de cincuenta y cinco años, es decir, 10 de diciembre de 1991, de acuerdo con la fórmula adoptada en la sentencia en mención, se procede a revisar la liquidación de la primera mesada pensional indexada a favor del actor, en los siguientes términos:

<i>Promedio Salarial último año</i>	\$ 8.839,02
<i>Fecha de Retiro</i>	04-07-1979
<i>Fecha de pensión</i>	10-12-1991
<i>Fórmula</i>	VA= VH x <u>IPC FINAL</u> IPC INICIAL
	VA= 8.839,02 x <u>7,65</u> 0,56
<i>Promedio último año Actualizado</i>	\$120.747,33
<i>Porcentaje de la pensión</i>	75%
<i>Valor de la primera mesada</i>	\$90.560,50

Teniendo en cuenta que, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, le asiste razón a los recurrentes BANCO POPULAR S.A. y DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, en cuanto a que el valor de la primera mesada pensional a favor del actor, es inferior al reconocido en Primera Instancia, se modificaran los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar al BANCO POPULAR S.A., a pagar al demandante, como primera mesada pensional la suma de \$90.560,50, la cual también deberá ser tenida en cuenta al momento de pagar las diferencias existentes, entre la mesada pensional que venía cancelando el demandado y la aquí reconocida.

De otra parte, en cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva, que insiste el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, se presenta frente a él, no encuentra esta Sala, acreditada la falta de capacidad para ser parte en el proceso, que alega ese vinculado, debido a que como quedó demostrado en el plenario, la pensión de jubilación otorgada a favor del demandante, por el Banco Popular S.A., para su reconocimiento, tuvo en cuenta los servicios prestados por el señor IVÁN RESTREPO RESTREPO, entre febrero y octubre de 1958 a ese Departamento (fls. 302-303), habiendo aceptado éste, el pago de la cuota parte jubilaria por dicho tiempo de servicio (fl. 305), razón por la cual, no existe justificación válida para desconocer su obligación, máxime cuando al proceso también fue llamada PENSIONES DE ANTIOQUIA, quien en su escrito de contestación de demanda, aclaró que si bien ese ente, tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez que se otorga a los servidores públicos que en su oportunidad se afiliaron a la Entidad, con posterioridad al 30 de junio de 1995, lo cierto es que, el actor, no es pensionado de la misma, ni ésta paga la cuota parte que recibe el BANCO POPULAR, por ser una obligación que asumió el Departamento de Antioquia; de ahí que, se confirmará la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó a dicho Departamento, a pagar las diferencias de la cuota parte de que corresponda, conforme a la primera mesada pensional indexada reconocida a favor del demandante, a través de esta acción.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios, que insiste la parte demandante, se deben reconocer a su favor, por existir una obligación insoluta a cargo del BANCO POPULAR S.A., quien es su deudor; si bien la jurisprudencia laboral, ha establecido que los mismos proceden tratándose del reconocimiento

de un mayor valor de la pensión fruto de un reajuste o reliquidación (CSJ SL3130-2020), lo cierto es que, para ello es requisito indispensable que el derecho pensional se haya reconocido en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 o que se otorguen al amparo del régimen de transición allí consagrado (CSJ SL1681-2020); y, en el presente caso, la pensión de jubilación objeto de indexación se causó el 10 de diciembre de 1991, es decir, con anterioridad al momento en que dicha ley entró a regir en el ordenamiento jurídico, de allí que la prestación está regida integralmente por disposiciones anteriores, por lo que no hay lugar al otorgamiento de tales intereses consagrados en el artículo 141 *ibidem*; debiendo igualmente confirmarse la sentencia apelada, en este sentido.

Costas en esta Instancia a cargo del demandante; sin costas para el demandado BANCO POPULAR S.A. y el vinculado DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por haber prosperado parcialmente los argumentos de su apelación. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 10 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, DECLARAR que al señor IVÁN RESTREPO RESTREPO le asiste el derecho a la indexación de la primera mesada pensional a partir del 10 de diciembre de 1993, estableciéndose como cuantía de la misma, la suma de \$90.560,50, monto que se deberá ajustar mensualmente, conforme a la ley; de acuerdo a las razones expuestas en la presente decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 10 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., y, en consecuencia, CONDENAR al BANCO POPULAR S.A., a pagar al demandante, las diferencias que existen entre la mesada pensional que venía reconociendo frente a la otorgada en la sentencia, las cuales deberán ser calculadas tomando como primera mesada la suma de \$90.560,50; conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

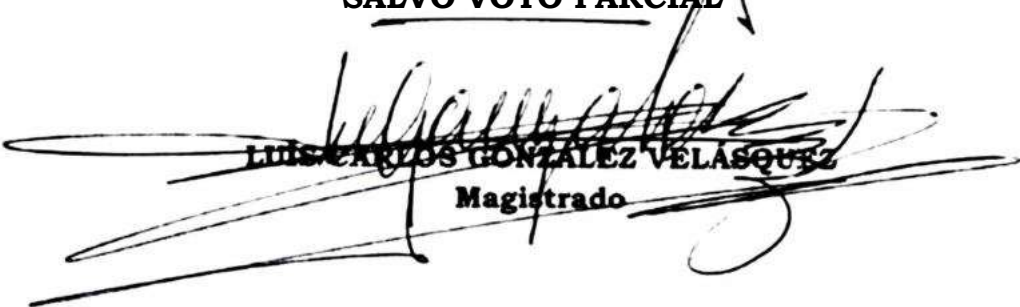
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201900646-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS GONZALO MORALES SÁNCHEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Hernán Felipe Jiménez Salgado, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.899.841 y tarjeta profesional 211.401 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Luis Gonzalo Morales Sánchez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado efectuado del RPMPD al RAIS de fecha 1 de enero de 1995, declarándose que para efectos pensionales, aun se encuentra afiliado al régimen administrado por Colpensiones; ordenando a Protección S.A. a que proceda a devolver a Colpensiones todas las sumas a su favor, saldos con todos sus frutos e

intereses, con los rendimientos que estos hubiesen causado, y al pago de costas.

Subsidiariamente, solicita que se condene a Protección S.A. a reconocer y pagar la pensión por vejez, en los términos establecidos en la Ley 797 de 2003, de acuerdo con el RPMPD.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 21 de junio de 1958

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Protección S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos a no constarle, salvo los relacionados con la afirmación de que los fondos de pensiones de ahorro individual son entidades pertenecientes al sector financiero, controladas y reguladas por la Superintendencia Financiera, sobre la orientación que se le dio frente al régimen, manifestándosele que podría pensionarse a cualquier edad y en mejores condiciones económicas que en el RPMPD, y la petición radicada ante la AFP y su contestación. Propuso las excepciones de mérito 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 en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, innominada o genérica.

Colpensiones pese a haber sido notificada en debida forma de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 el 27 de agosto de la misma anualidad, no allegó contestación una vez vencido el termino, y si bien se presentó incidente de nulidad alegando que no habían recibido comunicación alguna, el mismo no prosperó, teniéndose por no contestada la demanda, sin que dicha decisión hubiese objeto de apelación en la instancia pertinente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de enero de 2022, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Luis Gonzalo Morales Sánchez del RPMPD al RAIS, el cual tuvo efectividad a partir del 26 de diciembre de 1994 a través de

Protección S.A.; ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, ordenando a Colpensiones a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante, declarando no probada la excepción de prescripción, condenando en costas a ambas demandadas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Protección S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

COLPENSIONES aduce que en el plenario se encuentra probado que el demandante recibió una asesoría por parte del fondo privado antes de encontrarse inmerso en la prohibición para retornar al RPMPD, sin embargo, que este decidió continuar en el RAIS, realizando además aportes voluntarios.

Adicionalmente, que en el evento de que desestime la reasesoría recibida por el actor, y se considere que la AFP faltó al deber de información, debe tenerse en cuenta que conforme a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, el deber de información se debe acreditar a todo afiliado, sin embargo, que ese deber de información ha venido variando en el tiempo, pues para la época del traslado, era imposible prever en que condiciones serían las cotizaciones del demandante en el futuro, reiterando que la firma del actor es válida, no siendo posible declarar su ineficacia, aunado a que recibió una reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad.

Asimismo, que el traslado quedó saneado por la permanencia en el RAIS, y que pese a que la AFP retorne los dineros a Colpensiones, se sigue viendo afectado el principio de sostenibilidad financiera frente a dicha entidad una vez esta tenga que reconocer la pensión a la que haya lugar.

Por último, solicita que se revoque la condena en costas impuesta a Colpensiones, por cuanto la misma es llamada a juicio únicamente por ser la entidad administradora a la cual se debe trasladar el demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado.

PROTECCIÓN S.A. presenta recurso parcial frente a la sentencia, en lo relativo a que se ordene a la AFP a trasladar hacia Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración, considerando que no es procedente la devolución de dichos conceptos, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la

cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales se efectuaron conforme lo dispuesto en la ley como contraprestación a una buena gestión y administración, aunado a que el retorno de todos los valores constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, y que si bien, la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado inicial, por ende, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y no existió un cobro de una comisión de administración.

Refiere que frente al cobro del 3% destinado a financiar la comisión de administración y las primas de seguros previsionales, opera la prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la parte actora como la demandada Colpensiones remiten alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si Protección S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **v)** si el traslado al RAIS se encuentra saneado por la reasesoría realizada por la AFP y por la permanencia en el mismo, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **vii)** si había o no lugar a condenar a Colpensiones al pago de las costas y agencias en derecho, y **viii)** si debe declararse probada la excepción de prescripción. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

toda persona a la seguridad social.

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que

necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que en la página 77 del ítem 6 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Protección S.A. diligenciado el 26 de diciembre de 1994. Asimismo se recibió interrogatorio por parte del señor Luis Gonzalo Morales Sánchez, quien manifestó que en el año 1994 se encontraba laborando en la Caja de Compensación COMFENALCO en Antioquia como médico coordinador del programa de salud; que efectuó el traslado a Protección S.A. por cuanto en la empresa donde se encontraba programaron una reunión grupal, donde se les indicó en que consistía la empresa, que dichas AFP se convertían en una alternativa frente a la posibilidad de que el ISS desaparecería y su pensión se perdiera, siendo el motivo fundamental por el que decidió aceptar el traslado, siendo remitidos posteriormente los formularios diligenciados para que fueran firmados; que no tiene ninguna formación en tema pensional, confiando en lo que la empresa les había manifestado, creyendo que sería lo más beneficioso; que no conocía los requisitos para pensionarse en el ISS; que le indicaron que tendría una cuenta de ahorro, pudiendo tener una mejor pensión que en el RPM, además que sería más seguro, pues las AFP no serían liquidadas; que no le explicaron que eran rendimientos financieros, ni proyecciones, ni el monto de la mesada. Que conoció que eran los aportes voluntarios posteriormente en el año 2000, y que salió del país por cuestiones de seguridad, y continuó cotizando y realizando aportes con el fin de mantener su estatus. Que no intentó regresar a Colpensiones. Que recibía extractos por parte de la AFP, pero eran extremadamente difíciles de entender; que no ha recibido la pensión por parte de Protección S.A.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionarle al demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar

la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“...la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A. el 26 de diciembre de 1994 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, así como el traslado entre fondos, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.
(...)”*

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos

retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4

del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone.

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica,*

anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)" (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original).

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá 2007. Pag. 1022.

futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Costas de esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado del recurso. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LUIS GONZALO MORALES SÁNCHEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

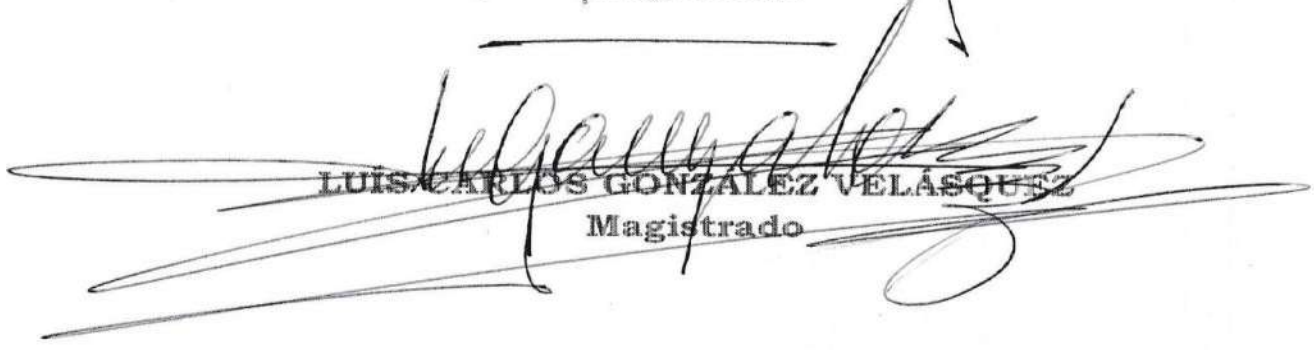
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105016201800663 01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Reliquidación IBL – Toda la vida laboral o el tiempo que le hiciere falta-

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EBERTO GUEVARA HERNÁNDEZ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

EBERTO GUEVARA HERNÁNDEZ promueve demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que sea condenada a reliquidar su pensión de vejez conforme el promedio de lo cotizado en los últimos diez (10) años, pago que ha de efectuarse desde el 7 de junio de 2015 en cuantía de \$3.762.965, junto con el de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde la causación del derecho, o, en subsidio, el pago indexado de las condenas, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, cumplió los 60 años de edad el 18 de abril de 1998; cotizó al ISS hoy COLPENSIONES 1.24829 semanas durante toda su vida; su última cotización fue el ciclo de

agosto de 1994 como trabajador independiente; el ISS le reconoció la pensión mediante Resolución 017040 de 1998 a partir del 19 de abril de esa anualidad en cuantía inicial de \$1.063.271; la misma se reliquidó con Resolución GNR 251993 del 11 de julio de 2014 en cuantía de \$2.332.907 y con Resolución GNR 427066 del 18 de diciembre de 2014 en la suma de \$2.398.623 efectiva a partir del 1° de junio de 2018, confirmada con Resolución VPB 37328 del 24 de abril d 2015, por lo que el 7 de junio de 2018, nuevamente reiteró la solicitud de reliquidación la cual le fue negada con Resolución SUB 157565 del 18 de junio de 2018 (fls 23-29).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación en escrito de folios 34-38, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría; y propuso las excepciones de prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, inexistencia de causa de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de agosto de 2020, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, decidió: absolver a la demanda de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declara probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho; y, condenar en costas al demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de \$350.000.00

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido las partes guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo indicado en el libelo genitor, el mismo se centra en determinar si hay o no lugar a la reliquidación de la pensión del demandante teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante los

últimos diez (10) años y, en caso afirmativo, si hay lugar al pago de los intereses moratorios (Art 141 ley 100/93) o la indexación.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES reconoció al señor EBERTO GUEVARA HERNÁNDEZ pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía inicial de \$1.063.271, efectiva a partir del 19 de abril de 1998, la cual se basó en 1.248 semanas de cotización con un IBL de \$1.222.151, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 87%, la cual fue reliquidada con Resolución 427066 del 18 de diciembre de 2014, estableciendo el IBL en \$3.285.785 al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 73%, por lo que se fijó la mesada en la suma de \$2.398.623 efectiva a partir del 1° de junio de 2008, en aplicación de la ley 100 de 1993, circunstancias que igualmente se corroboran con la forma asertiva como se contestó la demanda y con las distintas resoluciones que militan en los folios 8, 19-21 y el CD de folio 47 del expediente.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN Y DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (1° de abril de 1994), al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la H. CSJ en la sentencia SL1037-2022, Radicación n.º 45592, del 2 de marzo de 2022; M.P Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando puntualizó:

“Ciertamente, tal conclusión ha sido reiterada de forma enfática por esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4384-2019, en

la que confirmó lo expuesto en la CSJ SL2510-2017, y se expresó lo siguiente:

Entonces, en lo que corresponde al ingreso base de liquidación, esta Sala, por mayoría, tiene adoctrinado que tratándose de las personas beneficiarias del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 ibídem y, para aquellas que les faltare 10 años o más para consolidar su derecho, se liquida de acuerdo con lo contemplado en el artículo 21 de la misma normativa.

En ese horizonte, esta Sala en sentencia CSJ SL718-2020, en la que reiteró lo expuesto en las CSJ SL7796-2016 y CSJ SL4693-2017, recordó que *«en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venero en el régimen de transición, esta Corporación ha sido enfática en que este- IBL- se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, y no con lo estipulado en la regulación precedente»*.

Siendo así las cosas, son suficientes las anteriores consideraciones para desatender las súplicas de la apelación, que se dirigían a la mutación del ingreso base de liquidación, al constatar con los actos administrativos de reconocimiento de pensión, que en todos ellos existe un común denominador, atender como aquél; el tiempo que a los demandantes les *«faltaba para adquirir su derecho a la pensión¹ más el tiempo que pudo haberse cotizado una vez cumplió requisitos y hasta su desafiliación»*; lo que claramente no pugna con el entendimiento que la Sala le ha extendido a esta materia.”

Bajo tal entendido, como al demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en tanto satisfizo el requisito de la edad el 18 de abril de 1998, y que de acuerdo al resumen de semanas cotizadas obrante de folios 4 a 7, cotizó un total de **1.248.29** semanas, no completando las 1.250 semanas, a no dudarlo el IBL con el que se debió calcular el monto de la primera mesada pensional era el obtenido con el promedio de lo devengado entre el 1° de abril de 1994 y el 18 de abril de 1998, por ser el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, no siendo, por tanto, plausible acoger el de los últimos 10 años y menos aún el de toda la vida al no haber cotizado más de 1250 semanas; de ahí que, en oposición a lo aducido por el demandante en el libelo genitor, resulte totalmente acertado lo concluido por el A quo en la sentencia consultada, ya que el tiempo que en primera oportunidad acogió el ISS para obtener el IBL pensional del actor, correspondió a **1.474** días, esto es, los días que transcurrieron entre el 1° de abril de 1994 y el 18 de abril de 1998

¹ Jorge Eligio Munar Jiménez: f.° 15, María Sara Cruz de Herrera: f.° 24 – sólo se indicó el tiempo que le faltare por cumplir –y, María Deyanira Castillo de Castillo: f.° 36.

(contabilizando los años con días de 365 días), tal y como se advierte en la hoja de prueba que sirvió para calcular la pensión por parte del ISS, con independencia de que con posterioridad se dispusiera la reliquidación en cuantía superior.

Es así como se lee en la hoja de prueba contenida en el expediente administrativo:

[illegible]

Por lo anterior, es del caso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, al no asistirle derecho al demandante a la reliquidación de su primera mesada pensional por encontrarse ajustada a derecho la que le fuera otorgada por COLPENSIONES, en la que calculó el IB con el promedio de lo devengado entre el 1° de abril de 1994 y el 18 de abril de 1998, por ser el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EBERTO GUEVARA HERNÁNDEZ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a los razonamientos expresados por la Sala en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105038201900679-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OSWALDO CASTAÑEDA LÓPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** No sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO y como apoderada sustituta a la doctora MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, obrantes a folio 18-19.

ANTECEDENTES

OSWALDO CASTAÑEDA LÓPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordene su retorno al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese ido de dicho régimen, en virtud del principio de favorabilidad; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., la

devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiesen causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir, con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o los gastos de administración o cualquier otro que se hubiese generado en aplicación del artículo 963 del CC; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a continuar pagando la pensión de vejez, en caso de haberse reconocido previamente, hasta tanto sean trasladados la totalidad de los recurso y sea incluida en nómina de pensionados en el RPM; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho del proceso y por resolución desfavorable de excepciones previas, incidentes o nulidades propuestas por la parte demandada.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, a partir del 04 de febrero de 1992, realizó aportes a pensión, a través del Fondo Pasivo Prestacional del Sector Salud; luego, entre el 01 de enero de 1994 y el 01 de julio de 1995, efectuó sus aportes, al Fondo de Pensiones del Departamento de Cundinamarca; y, desde el 01 de julio de 1995, cotizó al Instituto de Seguros Sociales, hasta el 08 de julio de 1999, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación efectuada a la AFP PROVENIR S.A.

Refiere que, el asesor de la AFP PORVENIR S.A., se limitó a diligenciar el formulario de afiliación preestablecido, sin brindarle ninguna información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, comparando las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, ni indicarle las implicaciones de esa decisión, para su futuro pensional; que, no le entregó una proyección del posible valor de la mesada pensional en uno y otro régimen, ni le indicó la edad y capital que debía ahorrar para acceder al derecho pensional en el RAIS; tampoco, se le advirtió acerca de la posibilidad que tenía de retractarse y retornar al RPM.

Manifiesta que, el asesor de la AFP PORVENIR S.A., restringió su asesoría a decirle que podía pensionarse a una edad más temprana, con una mesada pensional más alta que en RPM y que, el ISS, iba a desaparecer, por lo que, de no trasladarse, sus aportes estaban en riesgo; que, la AFP PORVENIR S.A., recientemente, le realizó una proyección del posible valor de su mesada pensional y haciendo un estudio comparativo del cálculo actuarial, la mesada pensional que podría obtener en COLPENSIONES, sería superior; que, solicitó a las demandadas, anular su afiliación al RAIS, sin obtener respuesta alguna al respecto (fls. 2-36 y 225-258 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su

mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 298- 321 PDF).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras del Seguridad Social del orden público (fls. 383-399 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, de las pruebas obrantes en el expediente, así como de las recaudadas en el curso del proceso, hay indicios claros respecto a que el demandante, para la toma de la decisión de trasladarse de regimen pensional, recibió información suficiente y tuvo el tiempo necesario para interiorizar y tomar una decisión al respecto; que, no se probó ningún vicio del consentimiento, pues, no se indicó que el actor haya sido forzado, obligado o constreñido para trasladarse de regimen pensional; tampoco se demostraron maniobras fraudulentas o tendenciosas de cara a perjudicar al accionante, hacia el futuro, con miras a que no accediera al reconocimiento de la pensión de vejez, con ocasión de su afiliación al RAIS, no hay intención del daño que requiere el dolo; dijo que, la decisión de trasladarse de régimen pensional, no fue una decisión equivocada, pues, el actor, tuvo la oportunidad de corroborar que efectivamente el entonces Instituto de Seguro Social, se encontraba en crisis, además, ejerció su derecho a la libre selección y en su momento, fue una decisión acertada, pues, apenas estaba formando su derecho pensional ; y que, si hubo un error, fue del demandante, quien no hizo un alto en el camino, antes de los 52 años de edad, para analizar la conveniencia o no de continuar en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad la sentencia impugnada y reconocer las pretensiones de la demanda, pues, la AFP PORVENIR S.A., incumplió con el deber que el impone el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral, ya que,

no demostró haberle brindado al demandante, ni al momento de la afiliación, ni con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitieran al actor, conocer los efectos de trasladarse al RAIS; que, la selección del régimen pensional debe ser libre, voluntaria y sin presiones y permitir que el afiliado conozca con exactitud la lógica de los regímenes pensionales, siendo obligaciones de las Administradoras, dar a conocer la verdad objetiva de cada régimen, en un lenguaje claro, siempre y comprensible, ya que sólo así puede entenderse que el promotor de la AFP, emitió un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa, atendiendo las situaciones particulares de cada afiliado; que, no se trata sólo de lo que se dijo, sino también de lo que la Administradora, omitió decirle al actor, y que, resultaba trascendental para su futuro pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora peticiono revocar el fallo, toda vez que no se dio una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta al demandante., Entre tanto Colpensiones solicita se confirme el fallo debido a que no se demuestra que el demandante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses., Porvenir insiste en que se confirme el fallo de primera instancia ya que el traslado de régimen efectuado por el demandante se hizo de manera libre, voluntaria y consciente.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

persona a la seguridad social.

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus

condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

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

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la

declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**

En punto a lo argüido por la peticionaria, debe precisarse que esta presentó demanda ordinaria laboral en la cual, formuló la siguiente pretensión declarativa:

“Que se declare que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre el señor MARÍA CRISTINA MUÑOZ ROJAS y el Fondo de Pensiones SKANDIA, pues tanto en la etapa precontractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.

Consecuente con lo anterior, pidió que declarada la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene a la AFP SKANDIA al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES.”

De esta manera **es claro que la aspiración de la parte demandante, no estaba encaminada a que una vez declarada la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, pudiera entenderse «beneficiaria» del régimen de transición.**

Destáquese, además, que esa situación adquiere mayor relevancia constitucional si se tiene en cuenta que mediante sentencia de 15 de agosto de 2015, aunque el juzgado accedió a declarar la pretendida nulidad, también aclaró que «el demandante no cumple los presupuestos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», aspecto frente al cual la parte interesada, esto es, María Cristina Muñoz Rojas, estuvo conforme, pues no apeló tal determinación, circunstancias bajo las cuales resulta latente el error del Tribunal, pues fundó su decisión en un precedente de esta Sala que no se ajustaba al caso sometido a su consideración, lo que significó, en últimas, que no resolviera el conflicto jurídico materia de controversia.” (Negrilla fuera de texto)

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

su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente cuentan con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente, para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, certificados de información laboral para bono pensional (fls. 50-54 PDF); reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES (fls.55-58 PDF); solicitud anulación afiliación RAIS, presentada en la AFP PORVENIR S.A., su correspondiente respuesta (fls. 59-61 y 373-376 PDF); liquidación historia laboral válida para bono pensional (fls. 62-63 y 367-372 PDF); certificación afiliación AFP PORVENIR S.A. (fl. 64 y 326 PDF); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 65-77 y 354-366 PDF); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de cesantías y/o pensiones Obligatorias Porvenir, de fecha 08 de julio de 1999 (fl. 78 y 322 PDF); reclamación administrativa presentada por el actor, ante COLPENSIONES (fls. 79-80 PDF); consulta SIAF (fls. 323-325 PDF); relación historia de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 327-353 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (archivo 02 PDF).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, indicó que, se trasladó de régimen pensional en el año 1999, cuando trabajaba en un Hospital local, en una zona rural de Cundinamarca, se hizo una reunión de 10 a 15 minutos, en una oficina del Hospital, es una reunión grupal, no individual, en un horario laboral, el asesor ya traía los formularios diligenciados, él procedió a la verificación de los datos y a firmar; los asesores tenían autorización del personal administrativo del Hospital; que, al momento de su traslado, no hubo suficiente información acerca de las ventajas y desventajas de su traslado, desconociendo las implicaciones de su decisión, sólo le dijeron que tendría una ventaja de trasladarse, pero nada claro; que, ocasionalmente recibe extractos de la AFP PORVENIR, donde se reflejan las aportes y el total de semanas; que, confió en el asesor por el respaldo del Hospital.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a el actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a LA SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 08 de julio 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de Primera Instancia en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguro Social al RAIS, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A el 08 de julio de 1999, para en su lugar declararla.

Además, deberá condenarse a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta Instancia judicial y validar la afiliación del demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, teniendo en cuenta que las demandadas propusieron la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado,teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, por lo cual no hay lugar a declararla probada.

Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 19 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **OSWALDO CASTAÑEDA LÓPEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante **OSWALDO CASTAÑEDA LÓPEZ** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, el 08 de julio de 1999, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, gastos de administración y comisiones y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201900692-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALEXANDRA RIVERA ESPITIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 128 vto -130.

ANTECEDENTES

ALEXANDRA RIVERA ESPITIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, ante la omisión de la AFP PORVENIR S.A., en el deber de información; y, en consecuencia, se condena e a esa Administradora, a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubiesen causado, los cuales a la fecha de presentación

de la demanda ascendía a la suma de \$142.312.115; además, que se ordena a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, junto con los valores trasladados, y a contabilizarlos para efectos de pensión; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita, que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado al RAIS, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de su vinculación con la AFP PORVENIR S.A.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, desde el 10 de octubre de 1985y hasta el 27 de enero de 2004, cuando fue trasladada al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., sin ser asesorada respecto a las implicaciones sobre sus derechos pensionales, ni sobre los riesgos del cambio de régimen; tampoco se le explicaron las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las ventajas, desventajas o inconvenientes de su decisión, no se analizaron sus condiciones particulares y específicas, teniendo en cuenta, su historia laboral, edad y tiempo laborado.

Refiere que, al momento de su traslado de régimen pensional, la AFP PORVENIR S.A., no le informó cuánto capital debía ahorrar en su cuenta individual, para acceder a la pensión de vejez, ni le aclaró que no todo el aporte mensual que hiciera iría a su mesada pensional; que, nada le informaron respecto a si tendría derecho o no al bono pensional, ni cuál sería el valor de su mesada en uno u otro régimen, ni siquiera le realizaron una proyección para determinar dicho valor.

Manifiesta que, solicitó a COLPENSIONES la ineficacia de su traslado al RAIS, pero le fue negada dicha petición (fls.6-26).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 68-75).

Mediante auto del 26 de agosto de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** (fl. 110).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de septiembre de 2020, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, al RAIS, condenando a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la actora, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a aceptar dicho traslado y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, a la actora, no se le explicó nada acerca del bono pensional, y si tenía o no derecho al mismo, menos aun cuándo se redimiría; tampoco, se le informó, qué factores y circunstancias se tendrían en cuenta para el reconocimiento de la mesada pensional, por lo que, al no demostrarse que su consentimiento, estuvo precedido de la debida información por parte de AFP PORVENIR S.A., lo procedente era acceder a la pretensión subsidiaria, declarando la ineficacia del traslado al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación, argumentó que, no procede la declaratoria de ineficacia, por cuanto la norma de manera expresa señala que deben existir actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, lo que supone la intención de causar daño, lo cual ni se alegó, ni acreditó dentro del proceso, por el contrario, lo que demostrado, es que la demandante, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 2004 de manera libre; que, el formulario de afiliación, no es un simple formato, sino que está avalado por la Ley, con lo que se demuestra que esa Administradora, cumplió con las normas vigentes para el momento de vinculación de la actora, quien, al tener varias semanas cotizadas en el RPM, se encontraba habilitada para cambiarse de régimen pensional, pues, su vida laboral ya había iniciado y no era beneficiaria del régimen de transición, ni era posible prever cómo serían sus últimos años laborables, sus ingresos, beneficiarios; que, su voluntad de permanecer en el RAIS, se vio avalada, por el tiempo que permaneció en dicho régimen, permitiendo los descuentos de Ley; que, los precedentes jurisprudencias empleadas, por el a-quo, en la decisión, no se corresponden de manera fáctica con el caso objeto de demanda, por lo tanto, no se pueden aplicar de manera automática, sin antes verificar si se produjo un perjuicio claro y cierto, como sí ocurrió con las personas amparadas por el régimen de transición; que, no se puede demandar la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS, simplemente porque

con el pasar del tiempo, el plan pensional, no cumplió con las aspiraciones del afiliado; que, la actora está inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM, pues, ya se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; respecto a la condena por gastos de administración, refiere concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, advirtiéndole que, estos no se deben retornar, pues, claramente el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, dispone únicamente la devolución de los aportes y sus rendimientos, de lo contrario, se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien recibirá unos beneficios, respecto de periodos en que no ejerció administración alguna respecto de los aportes de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley. A su vez, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo. Entre tanto, la parte actora solicita la confirmación del fallo, al encontrarse acertado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegó, la reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES, con su correspondiente respuesta negativa (fls. 27-30); reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls.31-33); historia laboral valida para bono pensional (fls. 34-35); certificación de traslado de regimen expedida por COLPENSIONES (fl. 36); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 37); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 38-40); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 79).

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

Ahora, si bien el presente caso, no se aportó por ninguna de las partes, el formulario de afiliación diligenciado por la demandante, al momento de su traslado de régimen pensional, dicho aspecto si fue objeto de pronunciamiento por la apoderada recurrente, debiendo indicar la Sala que si bien es cierto, éste se suscribe de manera libre y voluntaria, el mismo resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, cumple con el deber de información de manera clara, precisa, congruente y completa, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no*

informado.” Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a partir del mes de marzo de 2004, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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

SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALEXANDRA RIVERA ESPITIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201500696-02

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Indexación de la primera mesada pensional.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MANUEL GUILLERMO GARCÍA RUBIANO** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**.

ANTECEDENTES

MANUEL GUILLERMO GARCÍA RUBIANO instauró demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS y PENSIONES - FONCEP, para que, se declare que mediante sentencia proferida dentro del proceso 9300-97 adelantado en el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá, le fue reconocida pensión sanción a partir de la fecha en que acreditara los 60 años de edad; que, se declara que la pensión sanción otorgada, no fue indexada; que, se declare que conforme a la sentencia C-891 A de 2006, debe ser indexada; y, en consecuencia, que se condene al FONCEP a indexarle la primera mesada de la pensión sanción a partir del 27 de septiembre de 2018, fecha en que cumpliría los 60 años de edad; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, laboró al servicio de la extinta Empresa Distrital de Servicios Públicos, desde el 16 de enero de 1981 y hasta el 30 de mayo de 1994, cuando fue despedido sin justa causa; que, adelantó proceso ordinario laboral, ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que el 09 de abril de 2002 profirió sentencia

concediéndole la pensión sanción; decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Indicó que, la pensión sanción reconocida, no fue indexada; y que, agotó oportunamente la vía gubernativa (fls. 47-56 y 63-73).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado de la demanda, el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, dio respuesta con escrito visible a folios 95 a 100, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; respecto a los hechos, dijo no ser ciertos o no constarle; indicó que, la indexación de la pensión sanción debe cumplir con lo ordenado y descrito en la Ley 171 de 1961, norma de carácter especial y restrictivo, que, dejó en suspenso su reconocimiento al cumplimiento de la edad; Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de las mesadas pensionales y la excepción genérica.

Igualmente propuso la excepción previa de cosa juzgada, que la Juez de Primera Instancia, declaró probada en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 16 de noviembre de 2018 (CD fl. 105 y fl.106); sin embargo, dicha decisión fue revocada por esta Sala Laboral, mediante providencia del 30 de julio de 2019 (CD fl. 112 y fl.113).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 16 de junio de 2020, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió al FONCEP de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probada la excepción de cobro de lo no debido; condenó en costas al demandante; para llegar a esta conclusión, consideró la a-quo, que, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, aun aplicando la fórmula de la indexación a la mesada reconocida a mayo de 1994, arroja una primera mesada de \$643.774 al 27 de septiembre de 2018, valor que resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente, que para aquel año correspondía a la suma de \$781.242, por lo tanto, como la pensión restringida ya viene siendo reconocida en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, no había lugar a indexación alguna.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, deben tenerse en cuenta todos los factores salariales probados en el proceso y aplicar la fórmula que de forma pacífica ha determinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, donde la suma insoluta o dejada de pagarse será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula $R=H$ Índice final sobre índice inicial, así pues, el valor de la presente condena, es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte del Índice Final de Precios al Consumidor, vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el Índice Inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, debiendo la Entidad demandada, aplicar la fórmula, separadamente mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor, sin actualizar y, para los demás emolumentos – primas, teniendo en cuenta que el Índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones.

Manifestó que, para el año 2018 la diferencia que debió haberse cancelado y concedido en el fallo era de \$316.758 y, la mesada debió haberle quedado en \$1.098.000; igualmente, para el año 2019, la mesada debió ser de \$1.264.000, causando una diferencia a favor del actor, de \$435.884; para el año 2020 la mesada quedaba en \$1.339.840, lo que a junio de 2020, fecha de la sentencia de Primera Instancia, arrojaba un total de indexación de \$10.600.544; por lo que, contrario a lo manifestado por la Juez de Instancia y el apoderado del demandado, independiente del reajuste del valor de la pensión al salario mínimo legal mensual vigente, debió concederse la indexación deprecada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el demandante, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia y, en consecuencia, que se indexe su primera mesada pensional, reiterando los mismos argumentos expuestos en su recurso de apelación, así como los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala, deberá determinar si le asiste o no derecho al demandante, a que se reajuste el monto de la pensión que actualmente viene devengando con ocasión a la indexación de la primera mesada pensional y sus posteriores reajustes.

DEL STATUS PENSIONAL

Quedo demostrado en el proceso que al señor MANUEL GUILLERMO GARCÍA RUBIANO, mediante la sentencia proferida el 09 de abril de 2002, por el

Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada el 16 de agosto de 2002 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se le otorgó la pensión restringida de jubilación, en los términos del artículo 7 de la Ley 171 de 1961, una vez acreditara el cumplimiento de los 60 años de edad, el 27 de septiembre de 2018, en un valor de \$109.507,5 o por una suma que no podría ser inferior al salario mínimo legal vigente para la época (fls. 37-46 y CD fl. 94).

DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Insiste la parte actora, en que procede la indexación de su primera mesada pensional, tomando en cuenta, para determinar el último salario devengado, todos los factores salariales probados en el proceso; además, de aplicar la fórmula que pacíficamente acogió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para liquidar dicha indexación.

Para resolver la inconformidad de la parte demandante, sea lo primero indicar que, la indexación es la actualización de una obligación dineraria, que busca proteger el poder adquisitivo de los trabajadores y pensionados, frente a fenómenos inflacionarios que afectan el valor de la moneda. Así lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 10 de mayo de 2017, con radicación 49669, en la que indicó:

“...de cara al tema jurídico propuesto, esto es, la actualización del ingreso base de liquidación, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Así las cosas, la tesis de esta Sala, sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991 y su respaldo, se funda en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como lo son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en la aludida sentencia, la Sala asentó su nuevo criterio en los siguientes términos:

De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer

diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.

En este orden, al margen de que las pensiones reconocidas a los actores tuvieran fundamento convencional o legal, resultaba procedente la actualización del ingreso base de liquidación...”

Así pues, la indexación de la primera mesada procede sin consideración a su origen o naturaleza, ante el impacto del fenómeno económico de la inflación, teniendo en cuenta el considerable tiempo transcurrido entre la fecha de terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, que evidentemente desmejora su ingreso base de liquidación.

En cuanto a la liquidación y valor de la primera mesada pensional indexada, desde las sentencias con radicación 30602 y 31222, ambas del 13 de diciembre de 2007, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adoptó la fórmula que debe utilizarse para la aplicación de la indexación, indicando:

“...Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

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

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.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...”

Asimismo, los incisos segundo y tercero del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, norma a través de la cual se le reconoció al actor, la pensión de jubilación, cuya indexación se pretende, disponen:

“Artículo 8°.

(...)

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.”

Pues bien, comoquiera que, solicita la parte recurrente, verificar los factores salariales y el promedio del último salario devengado por el demandante, teniendo en cuenta la certificación de devengados, durante su último año de servicios allegada al plenario (fls. 29-36), procede la Sala, a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, así:

Sumatoria de los salarios último año							
Desde	Hasta	Sueldo	Alimentación	Transporte	Auxilio lavado	Prima de Antigüedad	Festivos
1/06/1993	15/06/1993	\$ 58.830,00			\$ 11.250,00		
16/06/1993	30/06/1993	\$ 58.830,00	\$ 6.756,00	\$ 3.017,00	\$ 3.750,00	\$ 1.008,00	
1/07/1993	15/07/1993	\$ 58.830,00	\$ 8.445,00	\$ 3.649,00	\$ 1.815,00	\$ 1.220,00	
16/07/1993	31/07/1993	\$ 62.752,00		\$ 3.893,00	\$ 1.935,00	\$ 1.301,00	
1/07/1993	15/08/1993	\$ 58.830,00	\$ 16.890,00	\$ 3.649,00		\$ 1.220,00	
16/08/1993	31/08/1993	\$ 62.752,00	\$ 9.008,00	\$ 3.893,00		\$ 1.301,00	
1/09/1993	15/09/1993	\$ 58.830,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.875,00	\$ 1.261,00	
16/09/1993	30/09/1993	\$ 58.830,00	\$ 7.319,00	\$ 3.268,00	\$ 3.750,00	\$ 1.092,00	\$ 7.844,00
1/10/1993	15/10/1993	\$ 58.830,00	\$ 8.445,00	\$ 3.649,00	\$ 1.815,00	\$ 1.220,00	\$ 15.688,00
16/10/1993	31/10/1993	\$ 62.752,00	\$ 9.008,00	\$ 3.893,00	\$ 9.677,00	\$ 1.301,00	\$ 15.688,00
1/11/1993	15/11/1993	\$ 58.830,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.875,00	\$ 1.261,00	
16/11/1993	30/11/1993	\$ 58.830,00	\$ 8.445,00	\$ 3.771,00	\$ 1.875,00	\$ 1.261,00	\$ 43.444,00
1/12/1993	15/12/1993	\$ 121.582,00	\$ 17.453,00	\$ 7.542,00			\$ 17.002,00
1/01/1994	15/01/1994	\$ 58.830,00	\$ 8.445,00	\$ 3.649,00	\$ 1.815,00	\$ 1.220,00	
16/01/1994	31/01/1994	\$ 92.047,00	\$ 2.805,00	\$ 839,00	\$ 2.712,00	\$ 2.092,00	
1/02/1994	1/02/1994	\$ 73.005,00	\$ 8.250,00	\$ 3.526,00	\$ 1.661,00		
16/02/1994	15/02/1994	\$ 63.271,00	\$ 9.750,00	\$ 4.167,00	\$ 1.440,00		
1/03/1994	1/03/1994	\$ 73.005,00	\$ 11.250,00	\$ 4.343,00	\$ 1.500,00		\$ 21.571,00
16/03/1994	31/03/1994	\$ 77.872,00	\$ 12.000,00	\$ 4.632,00	\$ 1.601,00		
1/04/1994	15/04/1994	\$ 73.005,00					\$ 4.455,00
16/04/1994	30/04/1994	\$ 73.005,00	\$ 7.500,00	\$ 2.992,00	\$ 1.034,00		\$ 4.193,00
1/05/1994	15/05/1994	\$ 73.005,00	\$ 11.250,00	\$ 4.343,00	\$ 15.625,00	\$ 1.500,00	\$ 35.941,00
16/05/1994	31/05/1994	\$ 77.872,00	\$ 12.000,00	\$ 4.632,00	\$ 2.381,00	\$ 1.601,00	
Totales		\$ 1.574.225,00	\$ 191.909,00	\$ 80.889,00	\$ 69.386,00	\$ 19.859,00	\$ 165.826,00

Sumatoria del salario último años	\$ 2.102.094,00
Promedio mensual	\$ 175.174,50

Conforme a las normas antes citadas, la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del CST. Entonces,

teniendo en cuenta que el señor MANUEL GUILLERMO GARCÍA RUBIANO, laboró al servicio de la EDIS, del 16 de enero de 1981 al 31 de mayo de 1994, esto es, un total de 15 años, 4 meses, 15 días, que corresponden a 4815 días, la tasa de reemplazo, directamente proporcional al tiempo de servicios laborado es del 50,15%.

Tasa de reemplazo	días laborados
75,00%	7200
50,15%	4815

Ahora, en cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, se obtiene lo siguiente:

Indexación primera mesada					
Promedio Salarial último año	=	\$ 175.174,50			
Fecha de Retiro	=	31-may-94			
Fecha de pensión	=	27-sep-18			
Fórmula	VA	=	Vh.	x	$\frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC inicial}}$
	VA	=	\$ 175.175	x	$\frac{96,92}{14,89}$
Promedio último año Actualizado	\$ 1.140.222,00				
Porcentaje de la pensión	50,15%				
Valor de la primera mesada	\$ 571.821,33				

Teniendo en cuenta lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de Primera Instancia, pues, como ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta improcedente la indexación de la primera mesada pensional, si la fijación de la pensión se hace en un salario mínimo mensual legal vigente a la fecha del cumplimiento de la edad, como ocurrió en el presente caso, pues, éste ya comporta un mecanismo de paliación del efecto inflacionario producido por la pérdida del valor adquisitivo del dinero (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, rad. 40970); lo que, desde la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que le reconoció el derecho pensional al señor GARCÍA RUBIANO, fue previsto por el a-quo, cuando indicó que la pensión restringida de jubilación, “no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente y tendrá todas las adehalas propias del estado de pensionado” (fl. 44), es más, aún para el año 2002, cuando se otorgó el derecho pensional, la cuantía en que éste se fijó, \$109.507, era inferior al salario mínimo legal de esa data, de ahí que implícitamente desde entonces se consideró que la mesada pensional sería inferior al salario mínimo legal, sin que, la parte demandante, lograra demostrar la forma en que obtuvo los cálculos que expuso en su recurso.

Resultan entonces suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Costas en esta Instancia a cargo del demandante. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **MANUEL GUILLERMO GARCÍA RUBIANO** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

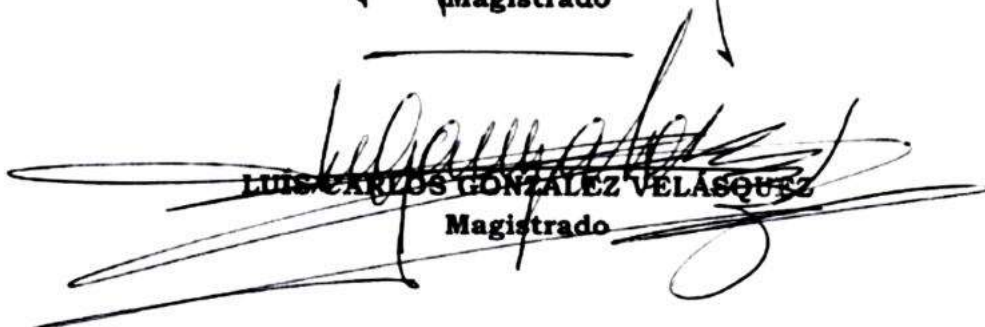
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor del demandado. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105031201900699-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Incremento pensional del 14%

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **EISNER DE BAUTISTA GASPAR CAMPOS** en contra de a **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Eisner de Bautista Gaspar Ladino llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el fin de que se le condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 24 de junio de 2013; al pago de la reliquidación de la pensión de vejez conforme al IBL obtenido con base al promedio de toda la vida laborada, debido a que es beneficiario del régimen de transición; que se le condene al pago de los retroactivos que resulten a deber por concepto de reliquidación; al incremento de la pensión que ordena la ley por tener a su cargo y cuidado a su compañera permanente; al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas, y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que es pensionado por Colpensiones desde el día 1 de septiembre de 2013, habiéndole sido reconocida la prestación por medio de la Resolución GNR 230623 de 2013, la cual fue liquidada con IBL obtenido conforme al promedio de los últimos 10 años laborados.

Que cuenta con más de 1250 semanas cotizadas durante toda su vida, y no se le aplicó el promedio de lo devengado durante toda su vida, aunado a que convive con su esposa desde hace más de 20 años, la cual depende de él, sin que tal circunstancia hubiese sido tomada en cuenta al momento de reconocer la prestación de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones con escrito de folios 18-24 dio contestación en término a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con la convivencia desde hace más de 20 años con la señora María del Carmen Quiroga, quien según afirma, depende de él, situación que no se tuvo en cuenta al momento de expedir la resolución pensional, indicando que eran situaciones que no le constaban.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 14 de febrero de 2020, resolvió absolver a la demandada Colpensiones de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor, en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que son innumerables las sentencias del Tribunal Superior de Bogotá donde se enseña que la causa de los incrementos pensionales no es mas ni menos que la existencia de una persona a cargo, ya sea el cónyuge, compañera o compañero permanente, o los hijos que ostenten la condición de beneficiarios, cumpliendo las condiciones de la norma creadora del beneficio, evidenciándose en el caso en comento, la dependencia económica del cónyuge.

Que en cuanto a la sentencia mencionada para el sustento de la decisión, 4 de los magistrados garantes de la constitución política consideraron

desacertada la decisión de la Corte Constitucional de no tutelar los derechos de las personas a las que no se les había reconocido su incremento pensional al tener una persona a cargo, según lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por considerar que la sala antes de ocuparse de resolver las tutelas contra providencias judiciales, que fueron sometidas a su consideración se ocupó de plantear una suerte de juicio acerca de la vigencia y la constitucionalidad.

Refiere que la Sentencia SU-140 de 2019 parte de una interpretación distinta a la que la misma Corte y el sistema jurídico en general ha hecho sobre los efectos derogatorios que tuvo en el sistema pensional, la expedición de la Ley 100 de 1993. A su parecer la sala no unificó la jurisprudencia que existía del sistema jurídico analizado en la sentencia, sino que cambió los presupuestos de análisis que la jurisprudencia había tenido en la materia para llevar a la Corte a tomar una respuesta diferente hasta la que al momento se había dado.

Asimismo, que el principio de in dubio pro operario que había desempeñado un papel importante para resolver la controversia en decisiones pasadas, ahora brilla por su ausencia y a ser relegado, porque la controversia que existía y que se quería unificar simplemente fue desvanecida, sin embargo, que afortunadamente la decisión que se adoptó en el presente caso, fija jurisprudencia en materia del problema jurídico analizado, sin que sea un juicio de constitucionalidad abstracto ni de vigencia de las leyes, que tenga algún tipo de efecto erga omnes o que genere jurisprudencia de manera general, y para cualquier situación posible.

Que aunque estimaron que en algunos casos las acciones de tutela revisadas no cumplían con el requisito de inmediatez y por ende resultaban improcedentes, considerando que los incrementos por cónyuge, compañero o compañera permanente, o hijos con discapacidad a cargo, previsto por el Decreto 758 de 1990 no se encuentran derogados, en ese sentido, la sala plena afectó la cosa juzgada de una sentencia del Consejo de Estado, en la cual con efectos generales en el marco del control de legalidad, se determinó que la norma contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 que contemplan tales incrementos, no solo están vigentes, sino que de ninguna manera son contrarias al ordenamiento jurídico, posición defendida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por la Corte Constitucional en sus salas de revisión, por cuando del análisis de la sostenibilidad financiera del sistema pensional se basa en juicios de conveniencia, por lo cual carece de elementos y consideraciones que demuestren la supuesta afectación y el impacto real y concreto, debiendo tenerse en cuenta el principio de favorabilidad, para determinar que las personas pensionadas bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, podrían reclamar válidamente los incrementos por 14%.

En cambio, afirma que la decisión de la Corte perjudica a un sector de la población que recibe bajos ingresos por los incrementos únicamente para pensiones de un salario mínimo, tratándose de una decisión regresiva en materia de derechos pensionales, que desconoce el precedente desarrollado por las salas de revisión se la Corte Constitucional sobre la procedencia de los incrementos de que trata el Acuerdo 049 de 1990.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones remitió alegatos de conclusión, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, reiterando lo expuesto en la contestación de demanda allegada al plenario.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante, por su cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que Colpensiones a través de la Resolución GNR-230623 de 2012, dispuso el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del demandante Eisner de Bautista Gaspar Ladino, en cuantía de \$1.174.218, a partir del 1 de septiembre de 2013.

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 2013, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*. Sin que resulten válidos los argumentos de la parte actora, respecto a los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que manejaban un criterio diferente, pues, ya esa Corporación, entre otras, en sentencia SL2061 del 19 de mayo de 2021, acogió el criterio expuesto por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-140 de 1990, destacando que la solicitud de incrementos por personas a cargo, resulta improcedente, ante

la derogatoria orgánica del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor, el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte demandante, atendiendo el resultado desfavorable del recurso de apelación. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por Eisner de Bautista Gaspar en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

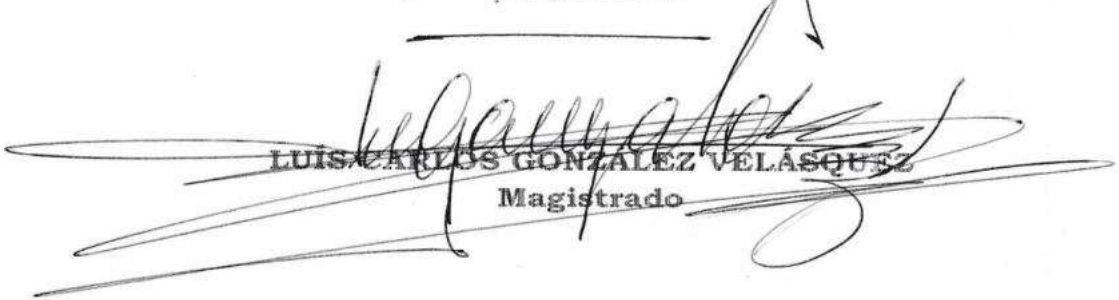
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105028201400707-02

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Recobro servicios médico-quirúrgicos por atención de accidentes de tránsito.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, contra la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2015, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **E.S.E. HOSPITAL MARCO FIDEL SUÁREZ** de **BELLO – ANTIOQUIA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**.

ANTECEDENTES

La E.S.E HOSPITAL MARCO FIDEL SUÁREZ de BELLO - ANTIOQUIA instauró demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, para obtener el pago de 706 servicios médico-quirúrgicos prestados a víctimas de accidentes de tránsito, por un total de \$279.883.989; junto con la indexación y los intereses moratorios causados desde el momento en que se hizo exigible cada factura reclamada, así como, las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, la Salud, es un servicio público a cargo del Estado, y que, conforme a la Ley 100 de 1993, la prestación del mismo se puede adelantar de forma directa por las Entidades Territoriales; que, esa Empresa Social del Estado, es una entidad pública, del orden distrital, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría de Salud de Antioquia; y que, en cumplimiento del mandato legal de los artículos 48 y 49 de la

Constitución Nacional y de los artículos 167 y 168 de la Ley 100 de 1993, recibió en sus Instalaciones y prestó servicios médicos a 706 pacientes, que sufrieron accidentes de tránsito, en los que resultó afectada su salud; lo que dio lugar a que se expidieran las respectivas facturas de cobro, que fueron radicadas ante la demandada, con los soportes correspondientes para su pago, pero, esta negó su reconocimiento, generando un empobrecimiento injustificado para el Hospital, quien tuvo que cubrir con su propio patrimonio, los servicios médico-quirúrgicos cuyo pago se pretende a través de esta acción (fl. 12-42).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, dio respuesta con escrito visible a folios 48 a 77, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; respecto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con la presunta negativa al pago de las facturas por servicios médico-quirúrgicos prestadas por la demandante, aclarando que las mismas fueron auditadas por la firma auditora del FOSYGA, pero no cumplieron con el lleno de los requisitos establecidos en la normatividad vigente, razón por la que no fue posible proceder a su reconocimiento y pago. Propuso las excepciones de prescripción del derecho, inexistencia de la obligación y culpa exclusiva de la entidad reclamante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 02 de diciembre de 2015, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la parte demandante, prestó 704 servicios de salud, con fundamento en los artículos 167 y 168 de la Ley 100 de 1993, los cuales son de cargo de la subcuenta ECAT del FOSYGA; condenó a la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL a pagar a la demandante la suma de \$278.513.088 por concepto de 697 servicios de salud prestados; condenó a la demandada, a pagar a la actora, el anterior valor debidamente indexado a partir de la fecha de causación de los servicios prestados; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de 7 facturas de servicios; declaró no probadas las demás excepciones propuestas; absolvió a la demandada de las demás pretensiones de esta acción y, le impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, interpuso recurso de apelación, argumentando que, el Decreto 1281 de 2002, en su artículo 13, establece que cualquier recobro debe tramitarse ante el Administrador fiduciario del FOSYGA dentro de los 6 meses siguientes a la generación, establecimiento de la

obligación de pago o la ocurrencia del evento, sin que proceda su reconocimiento con posterioridad al término establecido; que, posteriormente ese término se amplió a 1 año, por el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 y a 3 años, por el literal a) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015; citó el artículo 6 de la Resolución 19 de 2015, el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1283 de 1996, explicando que ese Ministerio, desde 1995, ha suscrito sendos contratos para la administración de los recursos del FOSYGA, y de auditoría integral de recobros y/o reclamaciones con cargo a los recursos del mencionado Fondo, por lo que, las diferentes reclamaciones administrativas presentadas por las IPS, con cargo al FOSYGA, son sometidas a una minuciosa auditoría y, para el caso bajo examen, de las 704 reclamaciones presentadas por la demandante, 439 reclamaciones, se encuentran bajo la glosa única de extemporaneidad y las 265 restantes, se encuentran glosadas bajo causales diferentes a las de vencimiento de términos; que, en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, los artículos 345 y 346 de la Constitución Política, relativos al presupuesto, consagran el principio de legalidad del gasto público, en virtud del cual el recaudo y la aplicación de los dineros estatales debe manejarse de conformidad con reglas y procedimientos predeterminados y contables, de manera que, para que una erogación pueda ser realizada, debe ser reconocida previamente por la ley, ordenanza o acuerdo; que, en el presente caso, la parte actora, no acató la terminología oportuna en vía administrativa, como se advierte en las glosas ya mencionadas; que, para el pago de los recursos cuyo cobro se pretende hacer al FOSYGA, es necesario que no haya lugar a dudas respecto al derecho causado a favor de la entidad reclamante; que, la prescripción extintiva está relacionada con el deber o compromiso de reclamar los derechos en un tiempo prudencial, estipulado en la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandante, se limitó a señalar que se remitían a las razones de hecho y de derecho consignadas en la sentencia de Primera Instancia, por compartirla.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al ordenar el pago de 704 facturas por servicios médico-quirúrgicos, prestados por la demandante, a pacientes víctimas de accidente de tránsito o si por el contrario tales

reclamaciones se presentaron fuera de término en el trámite administrativo y, además, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

DE LA COMPETENCIA

Sea lo primero aclarar que esta Sala, es competente para conocer del presente asunto, comoquiera que, la controversia planteada corresponde a una de las previstas en el numeral 4 del artículo 2 del CPTSS, en la medida en que se relaciona, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la Seguridad Social, sin que se configure alguna de las excepciones a la cláusula general de competencia contenida en el artículo 2, numeral 4 del C.P.L. y de la S.S., esto es, responsabilidad médica o conflictos de origen contractual como tampoco se basa en título valor alguno.

En igual sentido, se pronunció el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en providencia del 21 de enero de 2015, Radicado No. 110010102000201402289 00 (9869-20), donde, precisó que:

“(...) la Seguridad Social Integral, cuya unidad conceptual que viene dada desde la propia Constitución y es desarrollada por la Ley 100 de 1993, exige la existencia de un proceso especial y de una jurisdicción también especializada en orden a dirimir las controversias que se relacionen con esta materia que no es otra que la ordinaria laboral, con las excepciones contempladas en los artículo 36 y 279 de la Ley 100 de 1993.

(...) con el fin de interpretar de manera coherente el enunciado normativo del artículo 2.4 del C.P.T. a la luz de la cláusula general y residual de competencia del artículo 12 de la ley estatutaria 270 de 1996, deberá entenderse que los recobros al Estado son una controversia, sino directa al menos indirecta, que se desprende necesariamente de la prestación de servicios de salud a afiliados, beneficiarios o usuarios, por parte de una E.P.S. en tanto que administradora de un régimen de seguridad social en salud.

...Debe entonces entenderse que las controversias judiciales que se desprenden por recobros fallidos son un tipo especial de litigio en materia de seguridad social, que no puede confundirse con casos de responsabilidad médica, ni con litigios basados en contratos, ni con el medio de control de reparación directa por hechos, omisiones u operaciones del Estado. Ello implica la inclusión del proceso judicial de recobros por prestaciones NO POS dentro de los supuestos del artículo 2.4 del CPT que le asignan competencia al juez laboral y de la seguridad social.” (Negrilla fuera de texto).

Aclarado lo anterior, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la obligación pretendida se encuentra contenida en LIBRO II “EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD”, TÍTULO I, CAPÍTULO III, “EL REGIMEN DE BENEFICIOS”, de la Ley 100 de 1993, que incluye dentro del Sistema General de Seguridad Social, los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito.”, es así como en lo pertinente señala:

“ARTÍCULO 167. Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito. En los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrán

derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial. El Fondo de Solidaridad y Garantía pagara directamente a la institución que haya prestado el servicio a las tarifas que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los criterios del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 1°. En los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuara a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con las modificaciones de esta Ley.

PARÁGRAFO 2°. Los demás riesgos aquí previstos serán atendidos con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 3°. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos de cobro y pago de estos servicios.

PARÁGRAFO 4°. El Sistema General de Seguridad Social en Salud podrá establecer un sistema de reaseguros para el cubrimiento de los riesgos catastróficos.”

Norma que ha sido reglamentada en varias oportunidades, pudiendo destacar, entre otras, el Decreto 056 de 2015, que definió los eventos en los cuales las personas pueden reclamar, a través de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), las indemnizaciones a que normativamente haya lugar.

Adicionalmente, recibido el recurso de apelación en esta Instancia, por auto del 18 de abril de 2017, se declaró la falta de jurisdicción y competencia, ordenando su remisión a los Jueces Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá (fls. 170-171); repartido el expediente al Juzgado 32 Administrativo de Bogotá, mediante decisión del 19 de julio de 2017, éste promovió conflicto negativo de competencia (fls. 178-180), el cual fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien, mediante providencia del 03 de junio de 2020, dispuso su envío a esta Sala Laboral, pues, esta Jurisdicción, ya se había pronunciado de fondo acerca de las pretensiones propuestas por la demandante (Cuaderno 2).

DEL PAGO DE FACTURAS POR SERVICIOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS

Señala la parte demandada, en su recurso, que las facturas de servicios médico-quirúrgicos prestados a los pacientes víctimas de accidente de tránsito y cuyo pago ordenó el Juez de Primera Instancia, se presentaron por la demandante, fuera de los términos de Ley, tanto en el trámite administrativo, como judicial.

Con el fin de resolver las inconformidades de la parte demandada, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, plasman el derecho a la Salud y a la Seguridad Social; y, en desarrollo de éstos la Ley 100 de 1993, consagra en su artículo 152 los fundamentos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, determinando su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control; así como las obligaciones que se derivan de su aplicación, con el objeto de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Por su parte, los artículos 167 y 168 de la misma Ley, contemplan la atención de urgencias, en caso de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, y el pago de los servicios prestados por ésta, a través del Fondo de Solidaridad y Garantía; además del deber, de todas las entidades, públicas o privadas, de prestar el servicio inicial de atención de urgencias, sin contrato, ni orden previa, con cargo igualmente al FOSYGA.

El artículo 218 de la Ley 100 de 1993, dispuso la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, encargada de administrar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se maneja por encargo fiduciario, con el fin de lograr una atención sanitaria prioritaria y de calidad para aquellos que la requieren, sean contribuyentes o no.

Así mismo, el artículo 219 *ibidem*, estructuró dicho fondo a partir de cuatro subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, señala que las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las Entidades Administradoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas, y que, vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

El artículo 13 de la Resolución 3797 de 2004, determina que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación; y, aunque la mencionada fue derogada posteriormente por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución.

El literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, consagra que los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que de acuerdo con el mecanismo de pago establezca el Ministerio de Salud.

El artículo 13 de la resolución 3099 de 2008, que señala el término de 2 meses, siguientes a su radicación, para resolver las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma.

La sentencia T-760 de 2008, de la Corte Constitucional, a través de la cual, esa Corporación reconoció que las Entidades Promotoras de Salud – EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC); y que, para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil.

El artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, que regula el trámite de las glosas, que podrán hacer las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes.

El artículo 111 del Decreto 019 de 2012, fijó como término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con destino a los recursos del FOSYGA, de máximo de 1 año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

El artículo 4 de la Resolución 4331 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social, establece que todas las facturas deberán tener su soporte para el pago efectivo.

El artículo 8 La Ley Estatutaria 1751 de 2015, regula el derecho fundamental a la salud, y en especial, determina que todos los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa con el objetivo de prevenir o curar las patologías que presente el paciente, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud del paciente y su sistema de provisión, cubrimiento o financiación.

Los literales a) y b) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, según los cuales, el término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga; y el término para la caducidad de la acción legal que corresponda, se contará a partir de la fecha de la última comunicación de

glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.

El artículo 9 de la Ley 1797 de 2016, según el cual las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y del Contributivo, independientemente de su naturaleza jurídica, el Fosyga o la entidad que haga sus veces y las entidades territoriales, cuando corresponda, deberán depurar y conciliar permanentemente las cuentas por cobrar y por pagar entre ellas, y efectuar el respectivo saneamiento contable de sus estados financieros; estando el Ministerio de Salud y Protección Social, en la obligación de establecer las condiciones, términos y fechas referidos al proceso de glosas aplicadas por las Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar, asociadas a la prestación del servicio de salud.

La Resolución 5218 de 2017 del Ministerio de Salud, que establece los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, indicando en su artículo 5º los elementos esenciales de la obligación para el reconocimiento y pago de los recobros.

El literal c) del artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, estableció que, con el fin de contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el Gobierno nacional debía definir los criterios y los plazos para la estructuración, operación y seguimiento del saneamiento definitivo de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, siempre y cuando, entre otros, *“la obligación derivada de la prestación del servicio o tecnología no se encuentre afectada por caducidad y/o prescripción”*.

El artículo 12 del Decreto 521 de 2020, que fija los criterios para verificar las condiciones de temporalidad de los servicios y tecnologías en salud, objeto de saneamiento.

Descendiendo al caso bajo estudio, no fue objeto de controversia que la demandante, prestó los servicios de salud y atención de urgencias a pacientes víctimas de accidente de tránsito, tal y como se constata con el amplio material probatorio obrante en el expediente; no obstante, la demandada insiste en que la E.S.E Hospital Marco Fidel Suárez de Bello – Antioquia, presentó las facturas de cobro de dichas prestaciones, fuera de los términos previstos para el trámite administrativo, por lo que, revisadas las 704 atenciones médico-quirúrgicas, así como las respectivas glosas hechas por la accionada (CD fl. 78), advierte la Sala, que, la fecha de generación u ocurrencia de los mencionados recobros datan para los años 2001, 2002, 2005 a 2011, lo que en términos del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, supone que el término con que contaba la actora, para efectuar sus reclamaciones era de 6 meses, que se cuentan conforme lo explica la resolución 003099 de 2008 a partir i) de la fecha de suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud; ii) la fecha del

fallo de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o *iii)* la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales; y, en el presente asunto, efectivamente las facturas cuyo pago se pretende, sí fueron presentadas de manera extemporánea, pues, se radicaron fuera de los 6 meses de que trata la norma en comento, por lo que le asistiría razón a la demandada en cuanto a negar su pago en sede administrativa.

No obstante lo anterior, señaló la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004, al referirse a la exequibilidad del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, que *“el artículo acusado no se está desconociendo la existencia de las obligaciones a cargo del Fosyga pasados los seis meses a que él alude; la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa”*; así las cosas, que la parte actora, no haya reclamado oportunamente el pago de las facturas dentro del trámite administrativo, no es óbice para considerar que perdió la oportunidad para cobrarlas, máxime cuando, como en este caso, se encuentra acreditada la prestación de los servicios, resultando plenamente válido perseguir su cancelación por vía judicial.

Ahora, en cuanto a la posible prescripción de esta acción, basta señalar que, salvo las 7 facturas respecto de las cuales declaró el a-quo, probada la excepción de prescripción, las restantes 697, fueron radicadas ante el Ministerio accionado y devueltas por éste, con las respectivas glosas, dentro del término previsto en el artículo 151 del CPTSS en concordancia con el 488 del CST, esto es, durante los 3 años anteriores a la radicación de la demanda, el 23 de septiembre de 2014 (fl. 43), razón por la cual, no operó el fenómeno prescriptivo respecto de ellas, resultando procedente su pago, dado el carácter fundamental del derecho a la salud, y el deber de las entidades prestadoras, de brindar, no sólo a sus afiliados, sino a cualquier ciudadano, la atención médica de urgencias, así como el acceso a los procedimientos, insumos, medicamentos, servicios y tecnologías que necesiten o requieran para la conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación de este derecho.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2015, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por la **E.S.E HOSPITAL MARCO FIDEL SUÁREZ DE BELLO – ANTIOQUIA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

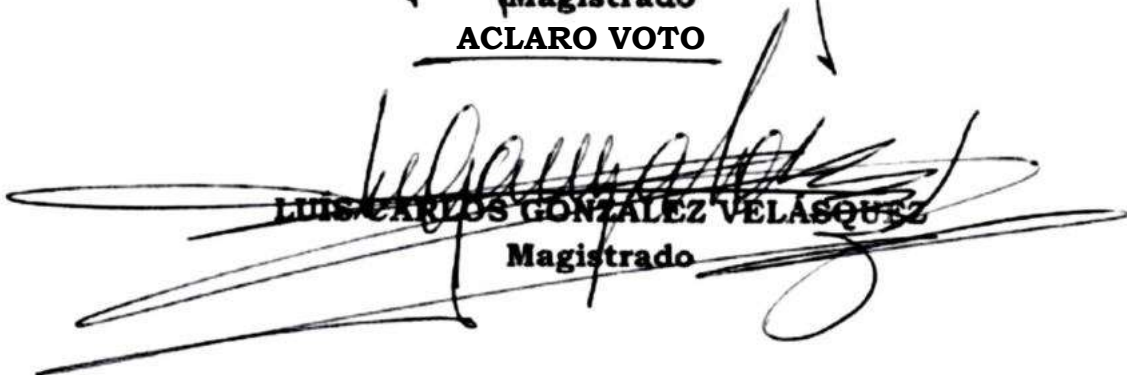
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de la demandada y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado
ACLARO VOTO


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105030201900723-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión por retiro voluntario artículo 8 de la Ley 171 de 1961 – Mesada Catorce.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por las apoderadas de la demandante y la demandada UGPP, contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CARMENZA DÍAZ** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

ANTECEDENTES

CARMENZA DÍAZ instauró demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que, se declare que estuvo vinculada a la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo escrito, de duración indefinida, desde el 11 de diciembre de 1975 al 14 de octubre de 1991; que, entre las partes se celebró audiencia especial de conciliación el 23 de octubre de 1991, ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, donde decidieron de manera libre y voluntaria dar por terminado el contrato de trabajo, por mutuo acuerdo, a partir del 30 de octubre de 1991, por lo que, tiene derecho a la pensión de jubilación proporcional, de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961; y, en

consecuencia, que se condene a la UGPP, a reconocer y pagar la pensión legal proporcional, a partir del 07 de junio de 2016, fecha en que cumplió los 60 años de edad, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, actualizando el último salario promedio mensual de \$198.479,00, aplicando la variación del IPC certificado por el DANE, causada desde la fecha de su desvinculación el 30 de octubre de 1991 y el 07 de junio de 2016, fecha en que cumplió los 60 años de edad; que, se ordene el pago de las mesadas pensionales causadas desde el 07 de junio de 2016 hacia el futuro, con los aumentos legales y mesadas adicionales, las costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 28 de febrero de 1973 al 29 de octubre de 1991; que, el 23 de octubre de 1991, de manera libre y voluntaria, ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, celebró audiencia de conciliación con la CAJA AGRARIA, pactando la terminación del contrato de trabajo, por mutuo acuerdo, a partir del 30 de octubre de 1991.

Indicó que, prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, durante 18 años, 8 meses y 1 día, desempeñando como último cargo, el de cajera auxiliar, grado 02, en la oficina de Guamo – Tolima, siendo su último promedio mensual de salario la suma de \$198.479, pero también devengaba prima de antigüedad de manera mensual.

Manifestó que, cumplió los 60 años de edad el 07 de junio de 2016; que, el 22 de febrero de 2019, reclamó ante la demandada, el reconocimiento de la pensión deprecada, sin embargo, ésta le fue negada a través de la resolución RDP 016823 del 04 de junio de 2019 (fls. 25-46)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, dio respuesta con escrito visible en el archivo No. 02 del expediente digital; se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y, dijo no constarle la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con la reclamación del derecho pensional y su respuesta negativa; aclaró que, la actora, no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues, la terminación del contrato de trabajo se produjo por mutuo acuerdo, modalidad ésta de finalización del contrato de trabajo que resulta completamente diferente a las enunciadas por la norma citada; además, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la señora CARMENZA DÍAZ, no había cumplido el requisito de la edad, por lo que no procede el reconocimiento pretendido. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe de la UGPP, inexistencia de la obligación y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la UGPP, a reconocer la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, prevista en la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969, a la señora CARMENZA DIAZ, en cuantía de \$1.244.607 a partir del 07 de junio de 2016, junto con sus incrementos legales año a año y por 13 mesadas, aclarando que la mesada pensional para el año 2021, asciende a la suma de \$1.490.908; condenó a la UGPP, a pagar a la demandante, el retroactivo causado entre el 07 de junio de 2016 al 30 de septiembre de 2021, por la suma de \$95.497.484; condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión las apoderadas de la demandante y de la demandada UGPP, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **DEMANDANTE**, solicitó que se modifique parcialmente la sentencia proferida en Primera Instancia, en lo que se refiere al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación en trece mesadas, pues, considera que se debe incluir la mesada de junio, como lo ha establecido la Corte Suprema De Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en una línea jurisprudencial bastante amplia, por tratarse de un derecho adquirido, al momento de retirarse voluntariamente de la extinta entidad Caja Agraria, el 30 de octubre de 1991 y, por lo tanto, su derecho a la mesada 14 no se ve afectado por el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que, simplemente le quedaba pendiente el cumplimiento de los 60 años de edad, lo cual, ocurrió en el año 2016 y no es motivo, para no reconocer la mesada 14 o adicional de junio.

La **UGPP**, pidió revocar en su totalidad la sentencia de Primer Grado y absolver a esa Entidad de todas las pretensiones de la demanda, reiterando que, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 consagró tanto para trabajadores oficiales, como particulares, la pensión proporcional de jubilación en dos modalidades, a saber, la primera, es la pensión sanción para cuando estos fueron despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio, menos de 20 continuo o discontinuos y la segunda, es la pensión restringida, cuando un trabajador se retira voluntariamente del servicio, con más de 15 años y menos de 20, lo que considera no ocurrió en el presente caso, pues, la señora CARMENZA DÍAZ, no cumple con un requisito, el del retiro voluntario, debido a que la terminación del vínculo laboral, obedeció a un acuerdo mutuo, plasmado en el acta de conciliación suscrita ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, modalidad de finalización del contrato de trabajo, que no está establecida en la Ley 171 de 1961; que, adicional a ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, estuvo vigente hasta el 31 de marzo de 1994, es decir,

que, a partir del momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, dejó de existir.

Adicionalmente, advirtió que, consultada la página del Ministerio de Salud, se evidenció que, a la actora, le fue reconocida pensión de jubilación por COLPENSIONES, mediante la resolución 68732 del 20 de noviembre del 2015, prestación incompatible con la pensión reconocida por el a-quo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la UGPP, reiteró su petición para que se revoque en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, alegando que el derecho a la pensión proporcional por retiro voluntario contenida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a partir de la cual comenzó a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, disposición que no contempla las pensiones por retiro voluntario, de ahí que, la actora, sólo podría acceder a la pensión restringida de jubilación, si antes del 01 de abril de 1994 hubiese cumplido los 60 años de edad, el tiempo de servicios y el retiro voluntario, pues hasta esa fecha únicamente tenía una mera expectativa; además, que, el vínculo laboral no finalizó por renuncia voluntaria de la trabajadora, ni mucho menos feneció por terminación sin justa causa, por el contrario, terminó por mutuo acuerdo, modalidad esta de terminación completamente diferente a las señaladas por la norma cuya aplicación se pretendía; resaltó que, no es posible que un documento suscrito ante un Juez Laboral, pueda modificar una Ley, pues, es de entero conocimiento que la derogatoria o modificación de una Ley requiere de un trámite especialísimo, que a todas luces no es un acta de conciliación, por lo que este hecho debe ser tenido en cuenta por este Despacho.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si la actora, cumple con los requisitos para acceder a la pensión por retiro voluntario, en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, como lo dispuso el a-quo, o si, por el contrario, la demandante, no los cumple y por ende, no es beneficiaria de ese derecho pensional.

DEL VÍNCULO LABORAL

No fue objeto de discusión, que la señora CARMENZA DIAZ, laboró para la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, del 28 de febrero de

1973 al 29 de octubre de 1991, desempeñando como último cargo, el de cajera auxiliar, grado 02, en la oficina de Guamo – Tolima, devengado como último salario la suma de \$198.479; hechos que fueron aceptados por la demandada, en su escrito de contestación, y que, además se encuentran probados con la documental obrante en el expediente administrativo y, específicamente con la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, expedida el 12 de febrero de 2019.

DE LA PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

Alega la parte demandada, que la actora, no es beneficiaria de la pensión por retiro voluntario, pues, la terminación del vínculo laboral que ésta sostuvo con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se produjo por mutuo acuerdo, plasmado en un acta de conciliación suscrita ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué y no por renuncia voluntaria; además, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no había cumplido los 60 años de edad, por lo tanto, sólo tenía una mera expectativa, insuficiente para otorgarle la pensión reclamada.

Al respecto, dispone el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que:

“Artículo 8º. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

PARÁGRAFO. _ Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.”

Así pues, tratándose de la pensión restringida de jubilación, son dos los requisitos esenciales para acceder a su reconocimiento, en primer lugar, que los servicios hayan sido prestados por más de 15 años continuos o discontinuos y, en segundo lugar, que el trabajador se haya retirado voluntariamente; en el presente caso, el primer supuesto, se encuentra demostrado, pues, como quedó visto, la demandante laboró un total de 18 años, 08 meses y 01 día al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Ahora, en cuanto al requisito de terminación del vínculo laboral, por retiro voluntario, que, según la parte demandada, no cumple la actora, pues, la relación laboral terminó por acuerdo mutuo, plasmado en un acta de conciliación, celebrada ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde sentencia del 16 de julio de 2001, con radicación 15555, precisó que el mutuo acuerdo plasmado en una conciliación con la cual se da por terminado el contrato de trabajo, como ocurre en el asunto bajo estudio, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico laboral; criterio reiterado entre otras, en sentencia del 06 de septiembre de 2011, radicado 45545 y del 04 de diciembre de 2013, radicación 4370, donde se indicó:

“De otro lado, esta Corporación ha adoctrinado, que para efectos del derecho a la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, el <mutuo acuerdo> plasmado en una conciliación con el cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico. Así en la sentencia de 16 de julio de 2001 radicación 15555, reiterada en casación del 12 de diciembre de 2007 radicado 29938, se explicó lo que a continuación se transcribe:

“(…) Con todo, los cargos tampoco estarían llamados a la prosperidad, por cuanto de tiempo atrás ha sostenido la Corte que partiendo del supuesto de ser el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, y de que el trabajador, como sujeto de derechos tiene capacidad para celebrarlo e igualmente para terminarlo, ni su celebración ni su terminación pueden ser entendidas como actos en los cuales él es mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones de aquél con quien contrata. La dignidad que como ser humano tiene el trabajador obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tenga la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de arreglo diferentes, bien sea para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato de trabajo.

“Una propuesta de acuerdo que haga un empleador puede estar inspirada por la mejor de las intenciones y ser en verdad la más benéfica para los trabajadores; sin embargo, en la medida en que el trabajador no la acepte, por no considerarla conveniente a sus propios intereses -y así su juicio pueda resultar a la postre equivocado-, no puede serle impuesta. Si el empleador estuviera en condiciones de imponer su voluntad sobre la del trabajador, sin que

a éste le fuera lícito expresar su propio punto de vista, so pena de incurrir en un acto de grave indisciplina o deslealtad o infidelidad hacia su empleador, se le estaría negando su condición de ser racional, libre y digno. El trabajador tiene derecho a tomar sus propias decisiones y si se equivoca sufrirá las consecuencias de su error; pero, y en la medida en que el patrono no representa sus intereses, a él, como asalariado, siempre le será legalmente posible discutir las condiciones de empleo o de retiro del trabajo.

“Lo anterior para significar que en casos como el sub examine, cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación celebrada ante el funcionario competente, terminar la relación laboral por mutuo consentimiento, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, al exigirlo para la configuración de la pensión de jubilación restringida después de quince años de servicio.”

En tal orden, bien puede afirmarse que la demandante, consolidó o causó su derecho la pensión sanción, el 29 de octubre de 1991, cuando terminó su contrato de trabajo, quedando por consiguiente supeditada la exigibilidad de la pensión a la fecha en la que cumpliera la edad de 60 años, lo cual ocurrió el 07 de junio de 2016, teniendo en cuenta que nació el mismo mes y año de 1956, según copia de la cédula de ciudadanía, que milita en el plenario.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 5 de febrero de 2008, radicado 29990, en la que puntualizó: *“La edad no es un requisito de causación del derecho a la pensión restringida. En lo atinente a la edad como requisito de exigibilidad de las pensiones restringidas, ha sido conteste y reiterada la jurisprudencia de la Corte en incontables fallos, hoy muchedumbre, en el sentido de considerar que ella no es un elemento de causación del derecho, sino de su exigibilidad. Así fue concebida desde sus comienzos, dada la caducidad prescrita en la parte final del original artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo (...)”*

En esas condiciones, queda determinado que, la demandante, sí es beneficiaria de la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a la terminación del vínculo laboral con la extinta Caja Agraria.

Adicionalmente, se debe señalar que, al tratarse de un derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no puede decirse, como lo pretende la accionada, que dicha prestación fue derogada por el artículo 133 de la misma Ley, pues, tal normatividad no estaba vigente para el 29 de octubre de 1991, cuando terminó la relación laboral entre las partes; y, aunque la UGPP, refiere en su recurso de apelación que COLPENSIONES, le reconoció a la demandante, una pensión de vejez, mediante resolución 68732 del 20 de noviembre del 2015, lo cierto es que, este hecho no fue discutido ni debatido en el proceso; y, en todo caso, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, no establece que la pensión reclamada pueda desconocerse por el hecho de que la demandante hubiese estado afiliada al RPM, dado que el precepto legal que

contiene los supuestos fácticos de la misma, no consagra como uno de los requisitos para su concesión la omisión de la afiliación a la Seguridad Social; ni tampoco por la circunstancia de que eventualmente pueda tener derecho a la pensión de vejez, conforme a los preceptos establecidos en la Ley 100 de 1993.

DE LA MESADA CATORCE

De otra parte, solicita la demandante, que le sean reconocidas catorce mesadas, por tratarse de un derecho adquirido, al momento de retirarse voluntariamente de la extinta entidad Caja Agraria, el 30 de octubre de 1991.

Al respecto, advierte la Sala, que, la mesada adicional reclamada por la parte actora, fue creada con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, a través de la Ley 100 de 1993 en su artículo 142, el cual dispuso que:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”

Beneficio que la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994, hizo extensivo a los pensionados de todo orden, incluyendo para el efecto a los beneficiarios de pensiones extralegales o convencionales, como es el caso de la aquí demandante; no obstante, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, fue descartado del ordenamiento jurídico el beneficio de la mesada adicional de junio, con excepción de aquellas personas que causen el derecho pensional antes del 31 de julio de 2011, si y solo si, el *quantum* pensional no supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, quienes mantendrán el derecho a catorce mesadas.

Ahora, frente al tema de las mesadas adicionales, manifestó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de mayo de 2019, radicación 74626, lo siguiente:

“1.- De la mesada catorce

Las mesadas adicionales de diciembre y junio, fueron creadas en dos momentos distintos: la primera a través del artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 recogido en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, y la segunda –que se discute– a través del artículo 142 de la misma norma sustancial la cual prevé:

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del

*Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988**, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO (sic) .-Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Como se observa, inicialmente el legislador restringió el alcance de la mesada de junio –la catorce– a quienes causaran la pensión antes del 1.º de enero de 1988, pero tal límite fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición supralegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto, se extendió a todos los pensionados sin excepción.

Posteriormente, a raíz de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, aquella fue suprimida para quienes se pensionaran a partir de su entrada en vigencia (29 de julio de 2005), salvo para aquellas personas que percibieran una mesada igual o inferior a tres veces el salario mínimo legal, y cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011, es decir, después de esta fecha la mesada adicional analizada dejó de existir.

Del anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma supralegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año

Así las cosas, la restricción de las mesadas adicionales, prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005, no se aplica al caso bajo examen, por cuanto la demandante, como ya se indicó con anterioridad, causó el derecho a la pensión restringida de jubilación en la fecha en que cumplió el último de los dos requisitos exigidos por la ley, es decir, el 29 de octubre de 1991, cuando se retiró voluntariamente del servicio, ya que, se reitera, el cumplimiento de la edad, en tratándose de la pensión reconocida, se considera como un mero requisito de exigibilidad para su disfrute, no de causación; además, su cuantía no supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En consecuencia de lo anterior, se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar, ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, el pago de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, en catorce mesadas y no trece, como se decidió en Primera Instancia.

Asimismo, se modificará el ordinal segundo de la sentencia objeto de alzada, en cuanto al valor del retroactivo pensional que actualizado a la fecha de la presente decisión y teniendo en cuenta catorce mesadas pensionales, asciende a la suma de \$125.510.629,90, conforme al cálculo que a continuación se relaciona:

Tabla Retroactivo Pensional					
fecha inicial	fecha final	incremento %	pensión calculada	No. Mesadas	Subtotal
7/06/2016	31/12/2016	6,77	\$ 1.244.607,00	8,8	\$ 10.952.541,60
1/01/2017	31/12/2017	5,75	\$ 1.316.172,00	14	\$ 18.426.408,00
1/01/2018	31/12/2018	4,09	\$ 1.370.003,00	14	\$ 19.180.042,00
1/01/2019	31/12/2019	3,18	\$ 1.413.569,00	14	\$ 19.789.966,00
1/01/2020	31/12/2020	3,8	\$ 1.467.285,00	14	\$ 20.541.990,00
1/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 1.490.908,00	14	\$ 20.872.712,00
1/01/2022	30/09/2022	5,62	\$ 1.574.697,03	10	\$ 15.746.970,30
					\$ 125.510.629,90

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la demandada UGPP.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandada UGPP. Sin costas para la demandante, por haber prosperado su recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., sólo en cuanto condenó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**, al pago de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, a favor de la demandante, en trece mesadas, para en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de catorce mesadas pensionales, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**, a pagar a la demandante CARMENZA DIAZ, la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$125.510.629,90), por concepto de retroactivo pensional, causado entre el 07 de junio de 2016 y el 30 de septiembre de 2022, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

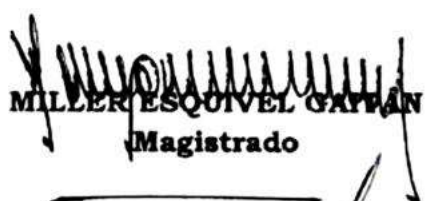
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

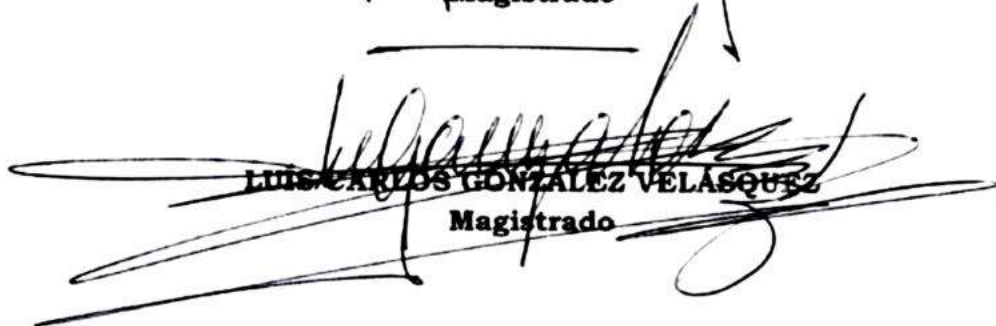
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada UGPP. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de esa demandada y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105002201700736-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de vejez – falta de afiliación oportuna por empleador.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de marzo de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARGARITA PEDRAZA OLARTE** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Viviana Moreno Alvarado, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y tarjeta profesional 269.607 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Margarita Pedraza Olarte pretende que se condene a la demandada como responsable de verificar los aportes que debió realizar el empleador al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo laborado con la empresa Zafiro Ltda, quien omitió realizar el cobro coactivo; condenar a Colpensiones al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con los beneficios establecidos para quienes conservan el régimen de transición, al pago de las mesadas retroactivas desde el momento en que cumplió la edad y las semanas de cotización, al pago de las condenas de manera indexada, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 15 de octubre de 1957, contando con 59 años de edad al momento de la radicación de la

demanda; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de octubre de 1978; que al 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, por lo que cumplía con uno de los dos requisitos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, contando a la fecha con 1.066 semanas de cotización. Asimismo, que laboró con la empresa brilladora Zafiro desde el 1 de abril de 1994 hasta el 31 de mayo de 1996.

Refiere que en octubre del año 2014 se acercó a las instalaciones de Colpensiones, con el fin de iniciar los trámites para el reconocimiento de la prestación de vejez, sin embargo, que no le recibieron los documentos ya que en sistema no registraba el número de 750 semanas para la fecha 29 de julio de 2005, y que debía seguir cotizando hasta cumplir un total de 1.300 semanas.

Que radicó en agosto de 2017 solicitud de corrección de historia laboral adjuntando copia de la afiliación a la empresa Brilladora Zafiro con fecha de 1994, copia de las tarjetas de afiliación al seguro social de sus hijos beneficiarios, la entidad demandada responde que los ciclos 01 de 1995 a 12 de 1995 fueron cancelados por el empleador en cuestión, de forma extemporánea, fecha para la cual no tenía relación laboral con dicho empleador, afirmando que se falta a la verdad, por cuanto en el reporte de semanas de cotización de fecha 10 de agosto de 2017 registra la afiliación desde enero de 1995 a diciembre de la misma anualidad, con 0 semanas de cotización.

Que lamentablemente la empresa ya no existe, sin que se puedan conseguir más pruebas por medio de la misma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, la demandada dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación efectuada a Colpensiones y la afirmación de que al 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2021, el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada judicial de la demandante la apeló, manifestando que así como Colpensiones reconoció en alguna de las resoluciones los periodos comprendidos entre el 1 de enero del año 1995 y hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, aunque fueron extemporáneos los pagos, la entidad atiende el requerimiento, sin embargo, que no tuvieron en cuenta el periodo de 1994, encontrándose en desacuerdo con que por la razón de no haberse aportado un contrato de la época, pues fue difícil al estar la empresa en liquidación, así como la pregunta que se hace Colpensiones de como fueron realizados los pagos, es la misma pregunta que se hacen frente a los periodos corregidos. Motivo por el cual se encuentra afectada la demandante en unas pocas semanas, por lo que al tenerse en cuenta el periodo de 1994 y el de 1995, ella es beneficiaria del régimen de transición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones remite dentro del término alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.

Por su parte, la demandante indica que en el plenario quedó demostrado que la afiliación al sistema de seguridad social, data de fecha 30 de abril de 1994, siendo posible que Colpensiones hiciera efectivos los cobros a la empresa Brilladora Zafiro.

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

CONSIDERACIONES

La sala deberá establecer si la no inclusión de semanas no registradas en el historial del demandante obedeció a una falta de afiliación o si se trató de un periodo de mora patronal, para seguidamente determinar la responsabilidad de Colpensiones frente al cobro y contabilización de tales periodos. Aclarado ello, se verificará si la actora es beneficiaria del régimen de transición y, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en los artículos 66A y 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

DIFERENCIA ENTRE MORA PATRONAL Y FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Dado que tienen causas y consecuencias distintas, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14388-2015 Radicación n.º 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P Dr Rigoberto Echeverri Bueno, grosso modo, precisó en cuanto a la mora del empleador en el pago del aporte, que se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, ello por cuanto las administradoras de pensiones, y no el afiliado,

tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores. Debiendo en consecuencia las administradoras demostrar que han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

De otra parte, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; solución que es común para las tres hipótesis de omisión que pueden presentarse, a saber: **1)** Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social: A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. **2)** Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones. Por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. Y **3)** no afiliación por omisión pura y simple del empleador. Finalmente, ante estas situaciones, la Sala ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

Diferenciación que así vista resulta necesaria al momento de decidir sobre el reconocimiento pensional, pues en el presente caso, registran periodos de ausencia de afiliación sin que se encuentre acreditada la prestación de los servicios personales y subordinados de la señora Margarita Pedraza Olarte para el año 1994 con la empresa Brillantes Zafiro.

Y es que, pese a la afirmación de la actora frente a haber laborado con la empresa Brilladora Zafiro desde el 1 de abril de 1994 hasta el 31 de mayo de 1996, lo cierto es que al verificar la historia laboral allegada tanto por la parte actora como por la demandada Colpensiones, pudo corroborarse la afiliación efectuada por dicho empleador desde el 1 de enero de 1995 hasta el 31 de mayo de 1996, sin que obre constancia alguna de los periodos reclamados para el año de 1994, no pudiendo perderse de vista que el origen de las cotizaciones al sistema general de pensiones, nace de la relación de trabajo o la vinculación legal.

Pues, al realizar un recuento de las documentales allegadas por la parte activa, se tiene que obra historia laboral expedida por Colpensiones, registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía de la actora, formulario de solicitud de corrección de historia laboral, solicitud de vinculación de pensión, salud y riesgos profesionales del 1 de abril de 1994, copia del carnet de afiliación al sistema de seguridad social en salud, respuesta de Colpensiones

a la solicitud de historia laboral en la que se indica que no se encontraron registros de pagos a su nombre para los periodos 199405 a 199412, por lo que requieren se suministre documentos probatorios y/o soportes donde se evidencia el vínculo laboral, copia del carnet de afiliación al Instituto de Seguros Sociales del 20 de marzo de 1979, reporte de semanas cotizadas del 10 de agosto de 2017, copia de la tarjeta de comprobación de derechos y formulario de afiliación de la señora Olga Camargo, quien fue llamada como testigo.

Igualmente, se decretó el testimonio de la señora Olga Camargo, quien el momento de la celebración de la audiencia no compareció.

Por último, precisa la sala, que tal y como lo precisó la a quo, si bien no pasa desapercibida la solicitud de vinculación de pensión, salud y riesgos profesionales del 1 de abril de 1994, resulta ilegible dicha documental, sin que pueda siquiera conocerse el nombre de la entidad ante la que se tramitó la misma, no siendo suficiente para el reconocimiento de los periodos reclamados.

Al tema en desarrollo, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, señaló en la Sentencia CSJ SL 514-2020, rad. 79953:

“(...) Para dar respuesta al cargo, conviene recordar que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo.

Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, la Sala explicó que:[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de «mora patronal» es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regida por un contrato de trabajo o ya sea por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real (...)”.

En conclusión, carecen las pretensiones de total soporte probatorio que acredite la existencia de una relación laboral entre la señora Margarita

Pedraza Olarte y la empresa Brillantes Zafiro para el periodo reclamado en el año 1994, siendo resuelto el recurso de forma desfavorable.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta las manifestaciones de la parte actora frente a la necesidad del reconocimiento de las semanas reclamadas para el reconocimiento de la prestación, y en cuanto la misma no salió avante, la sala se releva del recurso de las demás pretensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARGARITA PEDRAZA OLARTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme lo expresado en el presente proveído.

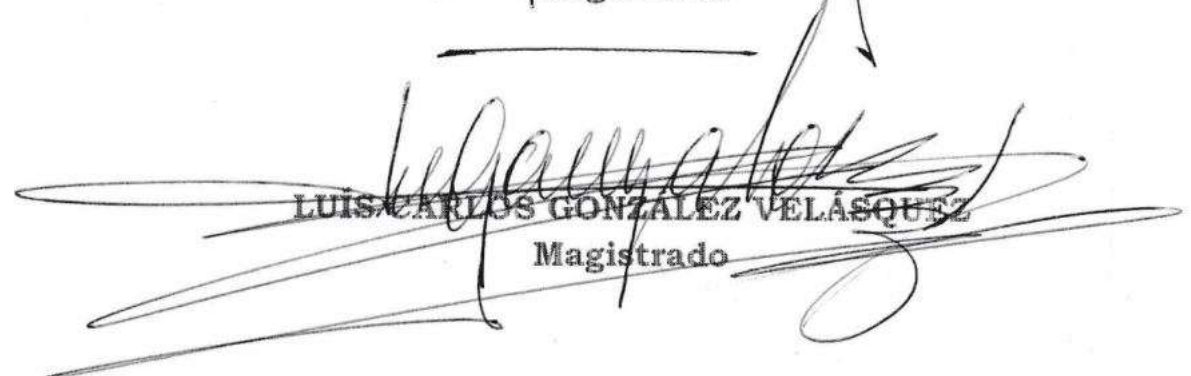
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la recurrente conforme las resultas del proceso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201700736-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Mesada Catorce reconocida por pensión convencional compartida con la pensión de vejez.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **RAMIRO ELBERTO ARDILA ARIZA** en contra de **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A.**, con la vinculación de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

ANTECEDENTES

RAMIRO ELBERTO ARDILA ARIZA instauró demanda ordinaria laboral en contra de AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA S.A., para que, se declare la compartibilidad pensional, a cargo de AVIANCA S.A., en los términos del artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año y reiterada por el Acuerdo 049 de 1990, respecto de la pensión convencional reconocida por AVIANCA S.A. y la pensión de vejez otorgada por el ISS; que, se condene a AVIANCA S.A., a pagarle el valor de las mesadas 14 que se causaron desde el momento en que se compartió la pensión convencional, así como las que lleguen a causarse, toda vez que no le fue reconocida en la pensión de vejez, otorgada por COLPENSIONES; que, se condene a AVIANCA S.A., a indexar los mayores valores dejados de pagar, mes a mes desde el momento que se causaron y el momento del pago real y efectivo; que, se condene a AVIANCA S.A. al pago de las agencias en derecho y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo vinculado de manera subordinada, continua y mediante contrato de trabajo a término indefinido con AVIANCA S.A., desde el 21 de abril de 1981 y hasta el 31 de julio de 1997, razón por la cual le fue reconocida pensión convencional, a partir del 16 de diciembre de 2002; que, AVIANCA S.A., conmutó su pensión con ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., y fue ésta quien le continuó cancelando la pensión convencional hasta el momento en que fue pensionado por COLPENSIONES, mediante resolución VPB 21941 del 25 de abril de 2014, a partir del 30 de mayo de 2012.

Indicó que, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, la pensión convencional se compartió en su totalidad con la pensión de vejez, por ser esta última superior a la pagada por AVIANCA S.A.; que, COLPENSIONES, no le reconoció la mesada catorce, que si se le pagaba a través de la pensión convencional; que, la compartibilidad opera para todas las pensiones, voluntarias o convencionales y, está a cargo de la patronal pagar el mayor valor existente entre dichas pensiones, en este caso, la denominada mesada 14, conforme a lo establecido por el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, reiterado por el Acuerdo 049 de 1990 (fls. 36-40).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA**, dio respuesta con escrito visible a folios 90 a 95, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; aceptó el vínculo laboral que existió con el demandante, pero no los extremos del mismo; igualmente admitió el reconocimiento de la pensión convencional, pero de los demás hechos, dijo no ser ciertos, aclarando que la pensión reconocida, no tenía el carácter de compartida, por cuanto fue asumida en su totalidad por COLPENSIONES, al reconocer la pensión de vejez, en un mayor valor. Propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica o innominada.

Por autos del 12 de febrero y 18 de noviembre de 2019, la Juez de Instancia, ordenó la integración del litisconsorcio necesario con COLPENSIONES y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (fls. 98 y 128).

COLPENSIONES, contestó oportunamente la demanda, indicando que, ni se oponía, ni se allanaba a las pretensiones de la misma, debido a que estaban dirigidas en contra de otra entidad; dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda, explicando que el actor, no tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce, pues, la pensión de vejez que se le reconoció mediante la resolución VPB 21941 del 25 de noviembre de 2014, lo fue en cuantía de \$4.130.716, para el año 2013, valor que superó los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes para esa anualidad. Formuló las excepciones de inexistencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la innominada o genérica (fls. 103-109).

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó que, la pensión convencional reconocida al demandante, por AVIANCA S.A., fue conmutada a esa Aseguradora, pero que, reconocida la pensión de vejez al actor, cesaron las obligaciones reciprocas, en razón a que la mesada otorgada por COLPENSIONES, para el año 2012, era de \$4.032.327 y la de ALLIANZ por la suma de \$3.763.033. En relación con la mesada catorce, indicó que no hay lugar a su reconocimiento debido a que la pensión que reconoció AVIANCA, es de origen convencional, en atención a lo estipulado en la cláusula 118 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 05 de noviembre de 2002, en la que se pactó por mutuo acuerdo el reconocimiento de 14 mesadas pensionales, sin embargo, la pensión otorgada por COLPENSIONES, es de origen legal y dio aplicación al Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, al ser superior a 3 SMLMV, sólo hay lugar a 13 mesadas. Presentó como excepciones las denominadas naturaleza temporal de los beneficios extralegales reconocidos por AVIANCA S.A., inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica o innominada (fls.154-170).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., a reconocer y pagar al demandante, el mayor valor generado, en razón a las 14 mesadas al año que le pagaba con ocasión de la pensión convencional, junto con los correspondientes incrementos legales anuales; condenó a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., a reconocer y pagar al actor, las diferencia adeudas por concepto del mayor valor a su cargo, entre la pensión convencional reconocida por esa entidad y la reconocida y pagada por COLPENSIONES, desde el año 2015, hasta el año 2020, la suma de \$1.942.442, que, junto con las causadas en lo sucesivo y hasta que se produzca la inclusión en nómina, deberán ser actualizadas desde su exigibilidad y hasta el pago, con el IPC certificado por el DANE; declaró no probadas las excepciones propuestas; absolvió a AVIANCA S.A y COLPENSIONES y le impuso condena en costas a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados del demandante y la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **DEMANDANTE**, indicó que, la pretensión principal de la demanda, es el reconocimiento de la mesada catorce, la cual no puede ser sustituida por el valor de las mesadas pensionales, que son prestaciones diferentes y no suplen la mesada catorce, prestación que no paga COLPENSIONES, pese a que se trata de una pensión compartida; resalta que la pensión convencional concedida por AVIANCA S.A., es compartida con la pensión de vejez, razón por la cual el

empleador, debe pagar lo que no concede COLPENSIONES, esto es, la mesada catorce, que es un derecho adquirido, y no puede ser desconocido o vulnerado por leyes posteriores; solicitó que se modifiquen los “*honorarios*”, determinados por las diferencias que reconoció la a-quo, las cuales no tienen nada que ver con la mesada catorce, ya que, una es la mesada tradicional y otra diferente la mesada catorce, las cuales no se pueden confundir ni compensar.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., señaló que, una cosa es el reconocimiento de la pensión convencional, la cual fue concedida de común acuerdo entre las partes, y cuyo origen fue la Convención Colectiva de Trabajo existente en AVIANCA y de la cual fue beneficiario del demandante, y, en la que claramente se determinó el tema de la temporalidad, por lo que, estaba supeditada al reconocimiento de la pensión de vejez al actor, momento a partir del cual cesaba el pago de la pensión convencional; que, COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez, superior al valor reconocido por ALLIANZ, razón por la cual se cumplió con la causal extintiva de la pensión convencional; que, se debió verificar el momento en que fue reconocida la pensión al demandante, y, si tenía derecho al pago de la mesada catorce, ya que, para la fecha en que le fue otorgada la pensión de vejez, año 2014, no era viable el reconocimiento de dicha mesada, como lo estipuló el Acto Legislativo 01 de 2005; que, además en este asunto, se dio una conmutación pensional entre AVIANCA y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., que no puede confundirse con la compartibilidad pensional; citó algunas sentencias proferidas en casos similares por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y solicitó que la decisión de Primer Grado, fuera revocada en su totalidad, absolviendo a esa demandada, de las condenas impuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el DEMANDANTE, manifestó que, por la forma como Avianca le concedió la pensión convencional, esto es, incluyendo la mesada catorce (14), antes del acto legislativo No 1 de 2005, dicha mesada entró en su patrimonio y es un derecho adquirido, que no puede ser desconocido por ninguna autoridad ni vulnerado por leyes posteriores, en virtud del artículo 58 de la Constitución Política; además que debe prevalecer el principio de la favorabilidad, cuando existan dudas en la aplicación e interpretación relativas a prestaciones sociales periódicas del trabajador, como es el caso de la mesada 14 (o mesada adicional de junio), que es diferente al valor de las mesadas pensionales que no tienen nada que ver con la mesada 14 que aquí se reclama.

AVIANCA S.A., solicitó confirmar la absolución de esa Compañía, pues, al extinguirse la obligación principal, esto es, la pensión convencional, también se extinguen los reconocimientos realizados de manera accesoria a la misma, y en ese sentido las pretensiones de la presente demanda, no deben tener vocación de prosperidad; que, las obligaciones contraídas por Avianca en el acuerdo conciliatorio nacieron a la vida jurídica conforme fueron pactadas y se deben extinguir bajo las mismas circunstancias, beneficios que fueron

otorgados de forma temporal, hasta tanto se compartiera la pensión, o conforme lo establecieran las normas vigentes al momento de otorgarle al actor, la pensión de vejez; igualmente, indicó que, el demandante, no cumple con los requisitos contemplados en el Acto Legislativo 01 de 2005, para ser beneficiario de la mesada 14, pues, al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, el 30 de mayo de 2012, la misma ascendía a la suma de \$ 4.032.559, cifra evidentemente superior a 3 S.M.L.M.V, razón por la cual de acuerdo con esta disposición, no procedía su reconocimiento y pago, por lo que, se extinguió el pago de la mesada catorce.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., insistió en que se revoque la decisión de Primera Instancia, pues, la pensión convencional otorgada por AVIANCA S.A, al demandante, lo fue de forma temporal, hasta cuando se compartió en su totalidad con la pensión de vejez; que, al actor no se le causó ningún perjuicio económico por el hecho de recibir 13 mesadas con Colpensiones, ya que, para el año 2015 recibiría una suma superior a la que devengaría con Allianz con las 14 mesadas pensionales; además, no cumple con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2015, para ser beneficiario de la mesada catorce.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos, la Sala, deberá determinar si el demandante tiene derecho al pago de la mesada catorce, en su totalidad, a pesar de haberse dado la compatibilidad de la pensión convencional con la de vejez a cargo de COLPENSIONES.

DEL STATUS PENSIONAL

No fue materia de controversia por ninguna de las partes la condición de pensionado que ostenta el señor RAMIRO ELBERTO ARDILA ARIZA, la que en todo caso se encuentra plenamente acreditada con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda por las demandadas y la comunicación del 21 de noviembre de 2002, enviada por AVIANCA, al actor, de la que se logra establecer que le fue reconocida pensión convencional a partir del 30 de mayo de 2012 y hasta el cumplimiento de los 60 años de edad, cuando empezó a disfrutar de la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES, según resolución VPB 21941 del 25 de noviembre de 2014 (fls. 3-9).

Igualmente quedó acreditado que AVIANCA S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., celebraron un proceso de conmutación pensional, el 30 de diciembre de

2008, por lo que, a partir de esa fecha, dicha Aseguradora, asumió el pasivo pensional de AVIANCA S.A. (fls. 79-83).

DEL PAGO DE LA MESADA CATORCE CUANDO LA PENSIÓN CONVENCIONAL ES COMPARTIDA CON LA PENSIÓN DE VEJEZ

Insiste el demandante, en que se le debe reconocer la mesada catorce, en su totalidad, como se le venía cancelando con la pensión convencional, por tratarse de un derecho adquirido, que, no puede ser desconocido o vulnerado por el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES. Por su parte, la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., alega en su recurso, que, no proceda el reconocimiento de la mesada catorce, no solo porque esa Compañía, no está obligada al pago de esa prestación pensional, debido a que, sólo le canceló al demandante, la pensión convencional, producto de la conmutación que celebró con AVIANCA S.A., sin embargo, una vez COLPENSIONES, le otorgó la pensión de vejez, se subrogó en ésta totalmente la obligación a su cargo, por resultar superior a la mesada pensional que se le venía pagando; sino porque además, el actor, percibe una mesada superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, le impide recibir 14 mesadas pensionales.

Al respecto, advierte la Sala, que, la mesada adicional reclamada por la parte actora, fue creada con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, a través de la Ley 100 de 1993 en su artículo 142, el cual dispuso que:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”

Beneficio que la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994, hizo extensivo a los pensionados de todo orden, incluyendo para el efecto a los beneficiarios de pensiones extralegales o convencionales, como es el caso del aquí demandante; no obstante, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, fue descartado del ordenamiento jurídico el beneficio de la mesada adicional de junio, con excepción de aquellas personas que causen el derecho pensional antes del 31 de julio de 2011, si y solo si, el *quantum* pensional no supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, quienes mantendrán el derecho a catorce mesadas.

Ahora, frente al tema de la mesada adicional de las pensiones convencionales, que son compartidas con la pensión de vejez, la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, entre los que se destaca la sentencia CSJ SL5597-2021, que:

“... En conclusión, a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue derogada, salvo para los pensionados por vejez, invalidez y sobrevivientes que perciban pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales y cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011, quienes mantendrán el derecho a catorce mesadas

[...]

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el difunto causó el derecho pensional de jubilación convencional el 1º de enero de 1999, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual este quedó amparado por los beneficios contenidos en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional C-409-1994.

Adicionalmente, el plurimencionado acto legislativo fue claro en salvaguardar los derechos adquiridos en materia de pensiones, al indicar que el Estado «respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley», como es precisamente el caso de la mesada adicional de junio que goza de fundamento legal.

Por consiguiente, no erró el Colegiado de instancia al declarar que la demandada debía reconocerle a la actora el pago de la mesada adicional, toda vez que es un derecho que su cónyuge causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y que se le sustituye en los términos que aquel lo disfrutó.

*Y esta Corporación ha reiterado en diversos pronunciamientos que **la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales reconocidas previo a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, si no se subrogan por la entidad de seguridad social, están a cargo exclusivo del empleador como parte del mayor valor que le corresponde asumir, y constituyen además un derecho adquirido que, una vez causado, no puede verse afectado por los nuevos limitantes que imponga el ordenamiento jurídico para su reconocimiento...*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, claro es que el demandante, está en el derecho de continuar percibiendo la mesada adicional o mesada 14, toda vez que, es un derecho que causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; comoquiera que la pensión convencional concedida por AVIANCA S.A., le fue otorgada a partir del 16 de diciembre de 2002, razón por la cual, no se puede considerar, como lo advierte la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., que operó la subrogación total de la pensión, pues la citada mesada no fue asumida por COLPENSIONES, al concederle la pensión de vejez y, es un derecho adquirido que, una vez causado, no puede verse afectado, por nuevas disposiciones que limiten su reconocimiento.

Esto, por cuanto como se dejó precisado y es un hecho acreditado, COLPENSIONES, le reconoció al demandante, la pensión de vejez con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, 30 de mayo de 2012, en cuantía inicial de \$4.032.327, lo que llevó a que no le fuera reconocida la mesada 14, comoquiera que, dicho valor era superior a tres salarios mínimos para esa anualidad, entonces, por tratarse de prestaciones compartidas, conforme al lineamiento jurisprudencial en cita, la mesada catorce, hace parte del mayor valor a cargo de la entidad empleadora y, por tanto, debe ser cancelada, en su totalidad, por ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., quien independientemente de la conmutación pensional celebrada con AVIANCA S.A. (fl. 81), asumió el reconocimiento y pago de la pensión convencional, en los mismos términos en que fue otorgada por el empleador, al actor, esto es, incluyendo la mesada catorce, que, se reitera, corresponde al mayor valor a su cargo, dada la compartibilidad que operó con la pensión de vejez conferida por COLPENSIONES.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la Juez de Instancia, en cuanto concedió al demandante, la mesada catorce, a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., pues, se reitera, era un derecho adquirido, no susceptible de subrogarse en COLPENSIONES, dado que aquella solo tenía la obligación de reconocerle al actor, la pensión de vejez, bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Sin embargo, erró la a-quo, al no ordenar el pago de la totalidad de las mesadas adicionales, causadas a favor del señor RAMIRO ELBERTO ARDILA ARIZA, desde junio de 2015, razón por la cual se procederá a su liquidación teniendo en cuenta que, conforme a la documental obrante a folio 10, la última mesada adicional, que recibió el demandante, correspondiente al mes de junio de 2014, ascendió a la suma de \$3.929.635, a la cual se le aplicarán los reajustes de ley y la indexación deprecada por la parte actora, para determinar el valor de los montos adeudados, así:

AÑO	MONTO MESADA 14	INCREMENTO ANUAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	MESADA 14 INDEXADA
2014	\$ 3.929.635,00				
2015	\$ 4.073.459,64	3.66%	82,47	111,41	\$ 5.502.899,70
2016	\$ 4.349.232,86	6.77%	88,05	111,41	\$ 5.503.100,88
2017	\$ 4.599.313,75	5.75%	93,11	111,41	\$ 5.503.270,81
2018	\$ 4.787.425,68	4.09%	96,92	111,41	\$ 5.503.168,54
2019	\$ 4.939.665,82	3.18%	100	111,41	\$ 5.503.281,69
2020	\$ 5.127.373,12	3.80%	103,8	111,41	\$ 5.503.281,69
2021	\$ 5.209.923,83	1.61%	105,48	111,41	\$ 5.502.821,52
2022	\$ 5.502.721,55	5.62%	111,41	111,41	\$ 5.502.721,55
				TOTAL	\$ 44.024.546,38

Por lo anterior, se modificaran los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., a reconocer y pagar al demandante RAMIRO ELBERTO ARDILA ARIZA, de manera retroactiva las mesadas pensionales adicionales causadas desde el mes

de junio de 2015 y hasta junio de 2022, las cuales ascienden a la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$44.024.546,38), suma debidamente indexada, sin perjuicio de las mesadas adicionales que se causen hasta el momento de su pago efectivo.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad de la parte demandante, en relación con los “*honorarios*”, fijados por la Juez de Primer Grado, que, entiende la Sala, corresponden al valor de las agencias en derecho, basta señalar que, en aras de garantizar el derecho de contradicción y defensa, así como el principio de la doble instancia, en virtud de lo señalado por el artículo 365 del CGP, el monto de las mismas debe ser refutado en Primera Instancia, una vez se proceda a la liquidación de las costas y agencias en derecho, a través de los recursos de ley.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por el demandante y la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Se confirma las de Primera Instancia, a cargo de esa misma demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **CONDENAR a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, a reconocer y pagar al señor **RAMIRO ELBERTO ARDILA ARIZA**, de manera retroactiva las mesadas pensionales adicionales causadas desde junio de 2015, en cuantía de CUARENTA Y CUATRO MILLONES VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$44.024.546,38), suma debidamente indexada hasta la fecha de la presente sentencia, sin perjuicio de las que se causen hasta su pago efectivo; de acuerdo a las razones expuestas en la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

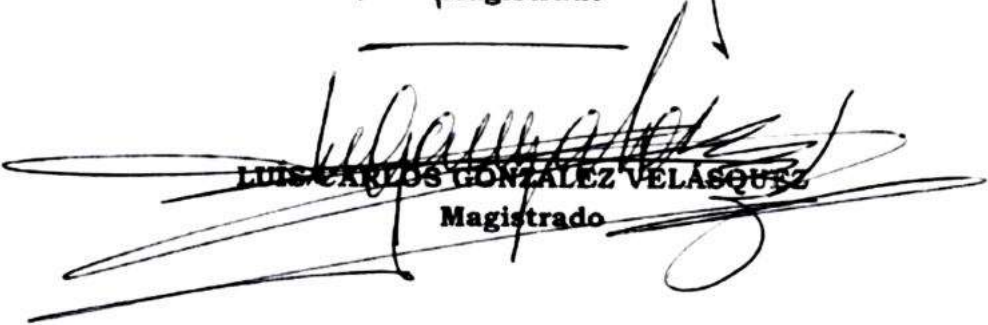
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de esa demandada y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023201900754-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 febrero de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ALFONSO PARRA FLÓREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su condición de representante legal de WORLD LEGAL CORPORATIONS y como apoderada sustituta a la Dra. YESSICA PAOLA COLLAZOS RUBIO en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 43-45.

ANTECEDENTES

LUIS ALFONDO PARRA FLÓREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la ineficacia de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 16 de abril de 1994 por falta de consentimiento informado; y, en consecuencia, se condene a dicha AFP a autorizar su traslado a COLPENSIONES junto con los aportes que

obren en su historia laboral y sus respectivos rendimientos; que se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, se declaré que su afiliación al RAIS, es inválida o nula por falta de consentimiento informado; y, en consecuencia, que se autorice su retorno al RPM, trasladando a COLPENSIONES, los aportes que obren en su historia laboral, con sus respectivos rendimientos; que, se conceda la ultra y extra petita, las cosas y gastos del juicio (fls. 3-9).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (CD fl. 34).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, 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 (CD fl. 34).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de febrero de 2021, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante, al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., condenando a esa Sociedad, a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las

consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional; declarando al demandante, afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, indicó que, no era acertada la decisión del fallador de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del actor, por falta de información, pues, para la fecha de su traslado al RAIS, la única obligación de esa AFP, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario correspondiente, de conformidad con las disposiciones vigentes en el momento; que, en el presente caso, esa Administradora, cumplió con las obligaciones a su cargo, ratificando el actor, su voluntad de permanencia en el RAIS, por el paso del tiempo, lo que saneó cualquier irregularidad cometida al momento de su traslado; que, no se acreditó ningún vicio en el consentimiento, pues la AFP PORVENIR S.A., le brindó una asesoría oportuna sobre las implicaciones de su decisión y el funcionamiento de ese régimen y de sus condiciones pensionales, como se advierte en el formulario suscrito; que, la asesoría se brindó de manera verbal y no puede ser esa demandada obligada a soportar dicha información en documentos, lo que no era una obligación para la época; se opone a la devolución de los gastos de administración, que también se cobran en el RPM, no forman parte de la pensión, están sujetos a la prescripción y, configuraría un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, por recibir unos valores que no son de afiliado, sino de la AFP, como contraprestación por su gestión de administrar los recursos de los afiliados e incrementar dicho capital.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, en el presente caso, no se probó la existencia de vicios del consentimiento o dolo, pues, el demandante, no tenía una expectativa legítima, al momento del traslado de régimen pensional, habiendo solicitado menos de 450 semanas y faltándole 25 años para acceder al derecho pensional; tampoco, era beneficiario del régimen de transición, para retornar al RPM, en cualquier tiempo; que, la simple inconformidad en el valor a recibir como mesada pensional en el RAIS, no es prueba suficiente para demostrar que cuando efectuó el traslado, el actor, lo hizo movido por un engaño o desinformación por parte de la Administradora, máxime cuando la fecha de su afiliación a la AFP, ésta sólo tenía la obligación de brindar información, a la hora del traslado, existiendo

un desinterés o descuido por parte del demandante, quien, de manera libre y voluntaria, cotizó al RAIS, por más de 20 años.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto la afiliación es un acto que genera obligaciones para ambas partes contratantes, entre ellas la debida diligencia y la transparencia en la información, no existiendo elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, encontrándose, a lo que se suma que no probó el supuesto de hecho que reclama conforme el artículo 167 del CGP. A su vez PORVENIR S.A también reclamó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración. Por último, la parte actora insistió en la confirmación de la providencia apelada dando alcance a la jurisprudencia de la CSJ SL sobre el tema y en especial en la inversión de la carga de la prueba, no habiendo probado las demandadas haber brindado la información necesaria.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A; y, iii) si procede o no la orden dada a la AFP PORVENIR S.A, respecto a la devolución de gastos administración.

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

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

persona a la seguridad social.

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda

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

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

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese

*caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

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

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

Al respecto, al plenario se allegaron, reclamación presentada por el demandante, ante COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., solicitando la nulidad de su traslado al RAIS, con sus correspondientes respuestas negativas; reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES; formulario solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito el 16 de abril de 1994; consulta SIAF (CD fl. 34).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, desde 1987 hasta la fecha trabaja con el mismo empleador; que, inicial se encontraba afiliado al ISS, pero, en 1994, fueron a la Empresa, asesores, ofreciéndole trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., donde ganarían una rentabilidad y podían pensionarse a menor edad; que, a todos los trabajadores los cambiaron a esa Administradora, porque, parecía una opción muy buena; sin embargo, en la actualidad, las cosas cambiaron y, si llegara a pensionarse en ese régimen,

su mesada pensional sería mínima, en relación con el salario que percibe; sin que, al momento de sus traslado, se le haya informado cuál sería el valor de su pensión, en uno y otro régimen; que hace 2 o 3 años, un abogado de la AFP PORVENIR S.A. y un asesor, para tratar el tema del traslado de sus cesantías, pero también le comentó que en caso de fallecer, lo ahorro en su cuenta pensional, podría ser heredado por su cónyuge; que, recibe extractos, pero no los entiende muy bien; que, cuando le dijeron el valor de la mesada pensional en la AFP PORVENIR, hizo averiguaciones y pudo determinar que le convenía más pensionarse en COLPENSIONES, sin embargo, ya estaba a menos de 10 años, para completar la edad mínima de pensión y no pudo retornar.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019,

CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 16 de abril de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia.

En relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, advierte la Sala, que, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del

C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS ALFONSO PARRA FLÓREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

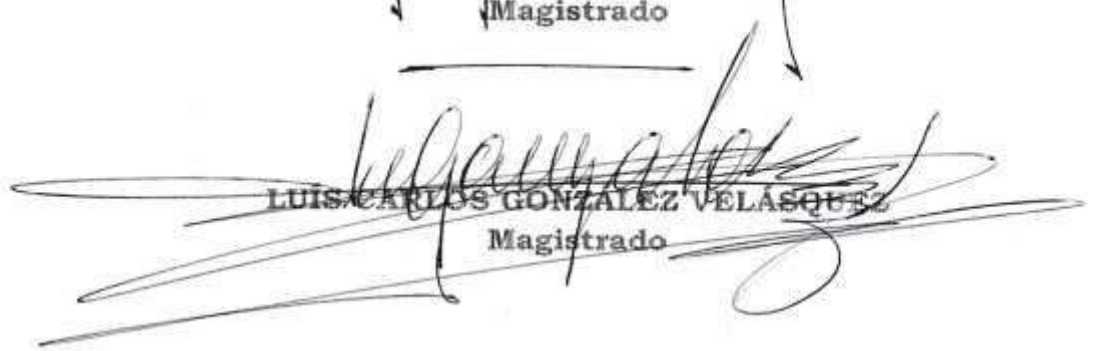
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201700769-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Factores salariales – Reliquidación pensión.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GERMÁN RAMÍREZ HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

GERMÁN RAMÍREZ HERNÁNDEZ instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que esa Administradora, está obligada a reliquidarle la pensión de vejez, a partir del 01 de julio de 2016, fecha de retiro como trabajador oficial, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en su defecto en la Ley 33 y 62 de 1985, por haber cumplido los requisitos que exige la Ley para el reconocimiento prestacional; que, se reliquide la pensión de vejez y/o jubilación, con los factores salariales del Decreto 1045 de 1978 y la Ley 62 de 1985, según favorabilidad, teniendo en cuenta, asignación básica mensual, gastos de representación y la prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, auxilios de alimentación y transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, viáticos, incrementos salarios por antigüedad, prima de vacaciones, trabajo suplementario, primas y bonificaciones otorgadas con anterioridad a la inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968; y, en consecuencia, que se ordené a COLPENSIONES, el pago efectivo de las diferencias de las mesadas pensionales recibidas y las dejadas de pagar de conformidad con la reliquidación correspondiente, desde el 01 de julio de 2016, hasta la inclusión

en nómina de pensionados, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con todos los factores de que trata el Decreto 1045 de 1978.

De manera subsidiaria solicitó, la reliquidación de la pensión de vejez con todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años, y que, se aplique la tasa de reemplazo del 75%, por cumplir con más de 1250 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, esto es, con todos los factores salariales de que trata el Decreto 1045 de 1978, y que, en su defecto COLPENSIONES, pague las diferencias de las mesadas que arroje la reliquidación que en justo derecho le corresponde, teniendo en cuenta para ello, el sueldo básico, la prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de transporte, prima de alimentación, bonificación por productividad, quinquenio, horas extras, auxilio pensión empresa y auxilio salud empresa, mes a mes; que, se condene a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 16 de diciembre de 1955; que durante toda su vida laboral cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, un total de 1873 semanas; que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 37 años de edad y 15 años de servicios, siendo beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que, mediante resolución GNR 164199 del 03 de junio de 2015, COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez, en cuantía de \$2.476.899, de conformidad con la Ley 33 de 1985, aplicándole una tasa de reemplazo del 75% del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio, dejando en suspenso su ingreso en nómina hasta tanto acreditara su retiro del servicio oficial con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ.

Refirió que, la anterior resolución fue confirmada por la GNR 273810 del 07 de septiembre de 2015 y modificada con la VPB 05 de enero de 2016, ajustando el valor de la mesada a la suma de \$2.490.577; que, posteriormente, a través de la resolución GNR 255313 del 30 de agosto de 2016, COLPENSIONES, nuevamente reliquidó la pensión de vejez, concediéndola a partir del 01 de julio de 2016, por valor de \$2.765.470 (fls. 2-15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 53 a 56, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, pero aceptó todos y cada uno de los hechos, aclarando que, el IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme al régimen de transición, es el establecido en el

inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 de la misma Ley, sin que haya lugar a la reliquidación solicitada, con los factores salariales del Decreto 1045 de 1978. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las demás que resulten probadas en el proceso.

Por auto del 02 de julio de 2019, se ordenó la vinculación al proceso de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB ESP**, en calidad de litisconsorte necesario (fl. 69); la cual contestó oportunamente la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma y en relación con los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos. Explicó que, esa Entidad, siempre ha cotizado por todos sus trabajadores, con los valores efectivamente devengados mensualmente, cumpliendo la normatividad legal sobre la materia, en especial el Decreto 1158 de 1994, que determina los factores a tener en cuenta para la cotización a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensión, sin que resulte procedente lo pretendió por el actor, relacionado con la ficción que tienen los trabajadores de la EAAB ESP, respecto a un promedio mensual, *“que efectivamente no perciben mensualmente (...) y que, con base en los beneficios convencionales, se genera como cálculo para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, establecidas en las Convenciones Colectivas de Trabajo”*. Formuló las excepciones de prescripción, falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe e inexistencia de solidaridad y la genérica (fls. 72-80).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que no le asiste el derecho al demandante a la reliquidación solicitada, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando que se analice la viabilidad de haber vinculado a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, bajo la figura del litisconsorcio necesario por pasiva, por ser éste el último empleador y el responsable por el pago deficitario de los aportes a pensión, según lo devengado por el trabajador, quien ha si afectado en su mínimo vital y móvil, en el reconocimiento de la mesada pensional; indicó que, debe tenerse en cuenta que, el demandante, ingresó a la EAAB ESP, el 28 de julio de 1986, fecha para la cual no se encontraba vigente el Decreto 1158 de 1994, sino el Decreto 1045 de 1978, por lo que, frente al vínculo laboral, el empleador, modificó las condiciones del contrato de trabajo del demandante, pues, venía realizando los aportes a pensión en los términos del artículo 27 del CST y se acogió al Decreto 1158 de 1994, desmejorando el valor de los mismos; que, de

las certificaciones laborales allegadas al proceso claramente se evidencian todos los factores salariales devengados por el trabajador, dentro de los cuales se incluyen algunos relacionados en el Decreto 1045 de 1978, por ende, el Decreto 1158 de 1994, no se debe aplicar, pues, la relación de trabajo comenzó con anterioridad a su vigencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el demandante, señaló que, cumple con los requisitos del régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 por remisión del Decreto 691 de 1994 y el Acto Legislativo 01 de 2005, para que en su defecto se le aplique la norma más favorable, esto es la Ley 33 de 1985 de 1983 y los factores salariales del Decreto 1158 de 1994 y/o las sumas de dineros recibidas como salario de conformidad al artículo 127 del CST; por lo que, le asiste el derecho a que se reliquide la pensión de vejez de conformidad con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años servicio laborados en el sector público u oficial con la EAAB – ESP y en su defecto se le aplique la norma más favorable como lo manifiesta el artículo 53 de la Constitución Política, siendo esa norma la Ley 33 de 1985, el cual se le debe aplicar la tasa de remplazo del 75% del IBL de todas las sumas monetarias denominadas salarios devengados por el trabajador o la que en justo derecho estime la Sala, según el principio de favorabilidad, de conformidad al artículo 127 CST o el Decreto 1158 de 1994; adicionalmente, de conformidad con los principios ultra o extra petita, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables del trabajador se debe tener en cuenta que los artículos 1, 3 y 9 del Decreto 3033 de 2013, se le otorgo a COLPENSIONES la facultad para vigilar las posibles evasiones, eluciones, inexactos, mora de los aportes al sistema de la protección social el cual comprende el SGSS y los parafiscales.

COLPENSIONES, solicitó confirmar la sentencia apelada, por ser improcedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por el demandante, pues, la liquidación del IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme al régimen de transición se deberá realizar teniendo en cuenta el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 ibidem según corresponda.

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP, pidió confirmar la sentencia de Primera Instancia, ya que, cotizó sobre los valores efectivamente cancelados oportunamente al trabajador, como sueldo básico, horas extras y demás emolumentos devengados mensualmente, conforme lo ordena la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin que pueda relacionarse esa cotización con un salario promedio de liquidación del trabajador, con base en sus prestaciones sociales y cesantías.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión de la Juez de Instancia, en cuanto negó la reliquidación de la pensión de vejez, haciendo especial énfasis en los factores salariales que debían tenerse en cuenta para determinar su Ingreso Base de Liquidación.

DEL STATUS PENSIONAL

No fue materia de controversia por ninguna de las partes la condición de pensionado que ostenta el señor GERMÁN RAMÍREZ HERNÁNDEZ, la que en todo caso se encuentra plenamente acreditada con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda por las demandadas y de la resolución GNR 164199 del 03 de junio de 2015, mediante la cual COLPENSIONES, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le reconoció la pensión de vejez, en los términos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el tiempo de servicio público prestado a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP S.A., dejando en suspenso su pago hasta que se acreditara el retiro del servicio. Posteriormente, mediante la resolución GNR 255313 del 30 de agosto de 2016, se reliquidó y ordenó la inclusión y pago de la pensión de vejez, a favor del actor, en cuantía de \$2.765.470, a partir del 01 de julio de 2016 (fls. 16-33 y CD fl. 57).

DE LOS FACTORES SALARIALES Y LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Insiste el demandante, en la reliquidación de su pensión de vejez, con los factores salariales determinados por el Decreto 1045 de 1978 y no con el Decreto 1158 de 1994, pues, cuando comenzó a laborar este último no existía y mal podía su empleador, la EAAB ESP S.A., modificar lo pactado en el vínculo laboral y realizar los aportes al Sistema General de Pensiones, desmejorando sus condiciones salariales para efectos pensionales.

Con el fin de resolver las súplicas del actor, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Los artículos 18 y 21 de la Ley 100 de 1993, establecen:

“Artículo 18. BASE DE COTIZACIÓN. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992...”

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Por su parte el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el 6 del Decreto 691 de 1994, señala:

“ARTÍCULO 1. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”*

Así pues, los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez, en el caso de trabajadores del sector público, son los indicados en el artículo del Decreto 1158 de 1994, atendiendo lo establecido en el inciso tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1996, que remite a la Ley 4 de 1992, para establecer el salario mensual base de cotización; como lo ha determinado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 01 de agosto de 2018, con radicación 78252, donde al respecto indicó:

“... En punto a los ingresos que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la mesada de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, hay que tomar los salarios devengados y reportados como base de cotización - artículo 28 del Decreto 748 de 1995- y los factores salariales previstos en el artículo 1.º Decreto 1158 de 1994 . En efecto, esta Corporación también de forma lineal y repetida, ha sostenido que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos que causaron sus prestaciones en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1.º Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6.º del Decreto 691 de 1994. Por ejemplo, en fallo CSJ SL, 26 feb. 2002, 17192, reiterado en CSJ SL, 29 may. 2012, 44206, CSJ SL1851-2014 y CSJ SL4870-2017, expuso:

‘El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase...”

Por lo anterior, claro es para la Sala, que, los beneficiarios del régimen de transición, no pueden acudir a normas anteriores para establecer el IBL o los factores salariales a tener en cuenta para determinarlo, pues, tales aspectos se encuentran fuera de las expectativas legítimas amparadas por la transición, relacionadas únicamente con la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto o tasa de reemplazo.

En ese orden de ideas, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al considerar que los únicos factores salariales con los que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP S.A., debió efectuar las aportes al Sistema General de Pensiones, a favor del actor, son los dispuestos en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, esto es, la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, primas de antigüedad, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario, horas extras o jornada nocturna y bonificación por servicios prestados; que, acorde con las certificaciones que militan de folios 34 a 45 del plenario, sí se incluyeron por el empleador, del demandante, en el cálculo del IBC, como legalmente le correspondía, sin que haya lugar a la aplicación de normas distintas, como pretende el recurrente, ya que, independientemente del

extremo inicial del vínculo laboral o la fecha de expedición de los correspondientes Decretos, cuya aplicación se pretende, lo cierto es que, se reitera, los factores salariales con que se determina el IBC, no hacen parte de las prerrogativas del régimen de transición, debiéndose aplicar el Decreto 1158 de 1994, vigente al momento de reconocimiento del derecho pensional.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo del demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **GERMÁN RAMÍREZ HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la vinculada **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

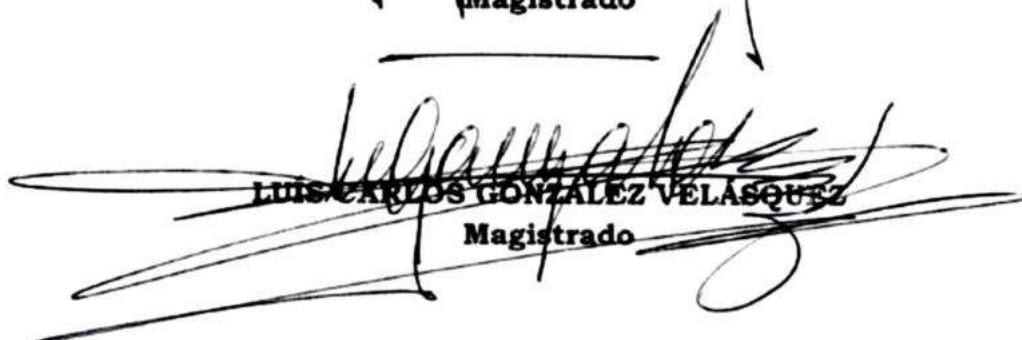
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a cargo del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105029201900770-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 08 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ENRIQUE MONTAÑEZ LÓPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 213 vto a 216, y por parte de PORVENIR como abogada sustituta a la Dra. ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ conforme la documental de folios 222 a 226.

ANTECEDENTES

LUIS ENRIQUE MONTAÑEZ LÓPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare que en el presente caso se configuró un vicio en el consentimiento, por error del hecho, al no haber sido asesorado de forma clara, completa, comprensible y

suficiente, acerca de las ventajas y desventajas de su cambio de régimen pensional; y, en consecuencia, que se condene a la AFP PORVENIR S.A., a registrar en su sistema de información, que su afiliación al RAIS, estuvo viciada de nulidad; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos e intereses a que hubiera lugar; que, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que, se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 31 de agosto de 2018, junto con el retroactivo e intereses correspondientes.

De manera subsidiaria solicitó que, se declare la ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y, en consecuencia, que se condene a la AFP PORVENIR S.A., a registrar en su sistema de información, que su afiliación al RAIS, estuvo viciada de nulidad; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos e intereses a que hubiera lugar; que, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que, se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 31 de agosto de 2018, junto con el retroactivo e intereses correspondientes; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 28 de septiembre de 1963; que, empezó a cotizar al Sistema General de Pensiones, a través del ISS, a partir del 1 de febrero de 1978; que, para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 41 años de edad y más de 627 semanas cotizadas, por lo que era beneficiario del régimen de transición; que, el 27 de enero de 2000, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., cuando ya había cumplido 47 años de edad.

Refirió que, que su afiliación no fue libre y voluntaria, pues, el asesor de la AFP PORVENIR S.A., le tomó sus datos personales, diligenció el formulario de afiliación, pero no le dio una información clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado al RAIS y en especial, no se le advirtió la pérdida del régimen de transición; que, tampoco se le informó acerca de la posibilidad que tenía de retornar al RPM, ni los riesgos del RAIS, menos aún se le explicaron las características y naturaleza propia del régimen de capitalización, ni se le ilustró, mediante un escenario comparativo, entre uno y otro régimen, con proyecciones de su mesada pensional, cuál sería la opción más conveniente para él.

Indicó que, cumplió los 62 años de edad, el 20 de abril de 2015 y a la fecha de presentación de la demanda, tenía cotizadas 1892 semanas; sin embargo, en el RAIS, el posible valor de su mesada pensional sería de \$781.242,

mientras que, en el RPM, ascendería a \$2.044.216, diferencia que demuestra el grave perjuicio causado con su cambio de régimen pensional y lo dejó en desigualdad de condiciones respecto a las personas que se mantuvieron en COLPENSIONES y se pensionaron con más dinero que él; que, reclamó a COLPENSIONES, la nulidad de su traslado al RAIS, por haber existido un vicio en su consentimiento (fls. 48-90)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 197-204).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 167-195).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de marzo de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere el demandante ante la AFP PORVENIR S.A., el 27 de enero de 2000; declaró que, para todos los efectos legales, el afiliado, nunca se trasladó al RAIS y por tanto, siempre permaneció en el RPM; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos, concediéndole el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, para realizar dicha devolución; ordenó a COLPENSIONES recibir todos los valores trasladados por la AFP PORVENIR S.A., y actualizar la historia laboral del demandante; declaró que, para la época del traslado de pensional, el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ordenó a COLPENSIONES, una vez recibidas las cotizaciones y rendimientos, estudiar si es viable el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los postulados del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; no impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, para que se revoque la misma, teniendo en cuenta que, al momento de realizarse la afiliación del demandante al RAIS, la reglamentación existente en cuanto al deber de información no abarcaba tantos aspectos como los hace actualmente, donde se exige el deber del buen consejo y la doble asesoría, siendo para ese entonces suficiente, dar una asesoría de manera verbal, entregándole a la parte actora, la información del RAIS, en diferentes momentos, de manera personal antes y al momento de suscribir el formulario de afiliación; que, la información brindada de manera clara, oportuna y veraz, para que fuera el afiliado, quien tomara la decisión de trasladarse; se preguntó el recurrente, si la obligación del deber de información es de medios o resultados, hecho que pone de presente, teniendo en cuenta que, en el interrogatorio de parte, el demandante, omitió su deber de diligencia y cuidado; que, el soporte documental, es el formulario de afiliación mismo, insistiendo en que, para la fecha del traslado del demandante, no existía la obligación legal de guardar información documental, sobre la asesoría brindada, de ahí que nadie puede ser obligado a lo imposible, por lo que, mal puede requerirse a la AFP, presentar documentos que no se exigían para la época, ni se pueden aplicar de manera retroactiva; que, no procede la devolución de los gastos de administración, pues se descontaron por la buena gestión de la AFP, en el manejo del capital del demandante y las cuotas de seguros previsionales, ya fueron valores trasladados a las Aseguradoras correspondientes, para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, durante el tiempo que el demandante, permaneció en el RAIS, siendo éstas terceros de buena fe, a los cuales no se les puede hacer recobro alguno, debido a que no participaron en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y esa Administradora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada COLPENSIONES solicito revocar fallo de primera instancia y absolver de toda condena, argumentando que no es procedente declarar la nulidad del contrato de afiliación artículo 1508 y que el traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. De otro lado, PORVERNIR solicito revocar fallo dado que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si fue acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las***

diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 3-6 y 129-133); historia laboral válida para bono pensional (fls. 8-9, 134-136 y 141-143); reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fl.10-13); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES (fls. 14-21); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir S.A. (fl. 37 y 137); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 110); respuesta AFP PORVENIR S.A., a solicitud de nulidad de traslado al RAIS (fls. 120-123); resumen de cuenta de ahorro individual del demandante (fls. 124-128); consulta SIAF (fls. 138-140); relación histórica de movimientos en la AFP PORVENIR S.A., (fls.144-158); certificación de afiliación del actor a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 159).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., indicando que, según certificado SIAF, el demandante, se vinculó a esa Administradora, el 27 de enero de 2000, siendo efectivo al 1 de marzo de 2000; que, esa AFP, realiza proceso de capacitación y formación a sus funcionarios, con relación al funcionamiento del Sistema General de Pensiones, con el tema de las prestaciones y en general, con la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional, con el fin de atender de manera eficiente y oportuna, todas y cada una de las inquietudes que puede tener un posible afiliado frente a su futuro pensional; que, la asesoría se dio de manera verbal; que, la información dada por el afiliado, quedó plasmada en el formulario de afiliación y respecto a los periodos cotizados que traía del RPM, esa Administradora, no conocía tal información; que, para el momento del traslado no existía la obligación de emitir proyecciones pensionales, pues, cualquier simulación se daría con datos presuntos y poco acertados.

Por su parte, el demandante, informó que, para inicios del año 2000, se encontraba en su oficina, en la empresa donde trabajaba, llegó una asesora de la AFP PORVENIR S.A., les dijo que el Seguro Social, estaba quebrado y apunto de fenecer, por lo que, se habían creado unas Administradoras, que tendrían mejores beneficios y una pensión más favorable; que, recibe los extractos de pensión, pero sólo indica qué se ha pagado y qué tiene, indica un valor acumulado, como si fuera una cuenta de ahorros; que, nunca recibió una asesoría por parte del personal de la AFP, simplemente, al momento del traslado, le hablaron de la facilidad de obtener una mejor pensión, sin hacerle un panorama de cuánto era, ni por qué sería así o qué tenía que hacer, como por ejemplo triplicar sus aportes, para obtener el derecho a pensionarse, esa asesora sólo les habló de la mala situación del ISS, la conveniencia de trasladarse a esa Administradora, se trataba de otro componente con el que salvarían de la hecatombe del cierre Seguro Social; que, suscribió el formulario y le dijeron que ellos tramitarían el bono pensional y no recibió más información, hasta hace 2 años, que lo citaron en una de las Oficinas de la AFP PORVENIR S.A., en la calle 127 y un asesor

le dijo que tenía unas semanas acumuladas y un dinero en el Fondo, que no le servía para nada, que no podía pensionarse, porque no se había completado un valor, que si quería podía retirar el dinero, que, debía hacer un aporte de más de \$50.000.000 para obtener una pensión de un salario mínimo, siendo esta la única información recibida; que, tiene más de 1800 semanas cotizadas, y no considera justo que la Administradora de pensiones en la cual confió, le diga que no lo pensionara, sino que puede retirar su dinero y mirar cómo los distribuye para lo que le quede de vida.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones,

se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 27 de enero de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Finalmente, dado que el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a esa Administradora encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

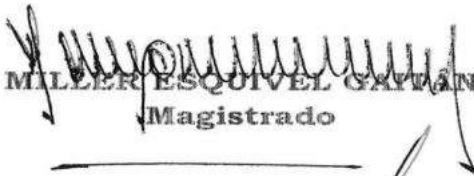
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS ENRIQUE MONTAÑEZ LOPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

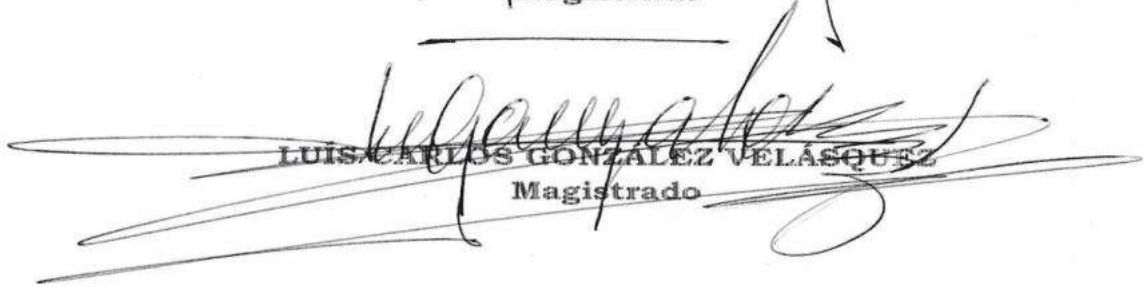
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105037201900790-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA YULIA TOBÓN ÁVILA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería como abogada sustituta de PORVENIR a la Dra. PAULA HUERTAS BORDA MUÑOZ conforme la documental de folios 126 a 131 vto.

ANTECEDENTES

MARTHA YULIA TOBÓN ÁVILA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declara la nulo o ineficaz su traslado al RAIS, siendo únicamente valida su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES; que, se retrotraigan los efectos de la afiliación y, en tal sentido, la AFP PORVENIR S.A., traslade a COLPENSIONES, la información y dineros aportados, como si el traslado nunca se hubiese realizado; que, se reconozca lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 22 de agosto de 1964; que, desde que inició su vida laboral, perteneció al RPM, primero, mediante afiliación al ISS, donde cotizó del 08 de febrero de 1988 a febrero de 1989 y, luego laborando al servicio de la Secretaria Distrital de Integración Social, del 14 de abril de 1989 y hasta el 31 de diciembre de 1995, aportando al FONCEP; que, desde enero de 1996, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy AFP PORVENIR S.A., donde permaneció hasta la presentación de la demanda.

Refiere que, tanto en la afiliación inicial, con en el transcurso de su vinculación al RAIS, no recibió ninguna asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, ya que, sólo le fue informado por parte de HORIZONTE, que, el RPM, desaparecería, lo implicaba una inseguridad en el pago de las pensiones de sus afiliados, y que, tendría un gran ventaja económica por pertenecer a la Administradora privada, sin que se le efectuara una comparación de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional.

Indica que, de manera informal, la AFP PORVENIR S.A., le dijo que el valor de su mesada pensional sería equivalente a un salario mínimo legal mensual, mientras que, en COLPENSIONES, con las 1600 semanas cotizadas, accedería a una pensión equivalente a \$3.840.269, por lo que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que le fue negada (fls.1-14).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (CD fl. 81).

COLPENSIONES, propuso las excepciones denominadas 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 y la innominada o genérica (fls. 86-92).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2021, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, el 26 de diciembre de 1995; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales y rendimientos financieros; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de la actora y aceptar los valores remitidos por la AFP PORVENIR S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentado que, el retorno de la demandante al RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues, ya se encuentra incurso en la prohibición legal para retornar a dicho régimen, por estar a menos de 10 años para acceder al derecho pensional, sin que pueda alegarse el desconocimiento de la ley, para beneficiarse; que, existió una valoración errada de la prueba, por desconocer el conocimiento que tenía la demandante, pues, aceptó recibir múltiples visitas de los asesores de las AFP, que desde su primer traslado, le permitieron brindar un consentimiento informado; que, la asesoría brinda para la época, cumplió con los requisitos exigidos, con un lenguaje claro, sencillo, indicándole las características, ventajas y desventajas; que, no se evidencia una lesión injustificada a sus derechos pensionales, siendo el único motivo de su descontento el valor de la mesada pensional; solicita que, en caso de no revocarse la decisión de Primera Instancia, se ordene a la AFP, devolver los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, pues, dichos dineros deben ingresar a COLPENSIONES, como consecuencia de la ineficacia declarada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante solicita confirmar el fallo debido a que la aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido., Colpensiones peticiono se revoque el fallo, ya que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual. Entre tanto porvenir insiste en que se revoque parcialmente el fallo ya que la afiliación de la demandante se realizo de manera libre, voluntaria y consiente.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; y, iii) si resulta procedente la solicitud de adición de la sentencia, ordenando a la AFP PORVENIR S.A. también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados a la demandante, por concepto de gastos de administración y comisiones, como lo solicitó la parte recurrente.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo

el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba, que le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, certificación de información laboral para bono pensional (fls.19-28); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 29 y 93); formulario solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, de fecha 26 de diciembre de 1995 (fl. 30 y CD fl. 81); historia laboral consolidada de la demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls.31-36); respuestas de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a la solicitud de nulidad del traslado (fls. 37-41); certificación de traslado expedida por COLPENSIONES (fl. 42); consulta SIAF (CD fl. 81); relación histórica de movimientos de la cuenta individual de la demandante (CD fl. 81); certificación de afiliación de la actora, a la AFP PORVENIR S.A. (CD fl. 81); historia laboral válida para bono pensional (CD fl. 81).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para 1995, todos los días, los asesores de las AFP, visitaban su lugar de trabajo, iban y venían, preguntaban quienes estaban interesados en trasladarse, le dijeron que afiliarse a HORIZONTE, era la mejor opción, porque tendría una pensión fija, que, era mejor porque se trataba de un administrador particular; que, la asesoría fue individual y muy corta, ellos llevaban muchos formatos, le dio una atención muy rápida; que, también recibió la visita de asesores de otras AFP, pero no se sintió bien atendida por ellos, por eso eligió a HORIZONTE, porque el asesor era más tranquilo, la visitó 3 o 4 veces, hablaban de lo mismo, pero no la presionó para firmar; que, le hablaron de rendimientos, que la Administradora, tenía muy buen respaldo de otras entidades, para obtener buenos rendimientos; que, el asesor le dijo que podía pensionarse cuando quisiera hacerlo, sin necesidad de tener la edad mínima; que, las semanas cotizadas en el Fondo público, sería asumidas por la misma AFP; que, no le hablaron de bono pensional, ni de la heredabilidad de sus aportes; que, al momento de su traslado sabía los requisitos para pensionarse en el ISS; que, firmó de forma voluntaria el formulario; que, no regresó a COLPENSIONES, porque el asesor de HORIZONTE, le dijo que su pensión, en esa Administradora, sería excelente y ella confió; que, se sintió engañada, cuando hablando con unos compañeros de trabajo, salió el tema de la dificultad que tenía una compañera de una AFP, ella quedó muy preocupada, comenzó a averiguar y hacer la consulta, solicitó la proyección enterándose que nada de lo prometido era cierto.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE PENSIONES Y

CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 26 de diciembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, en cuanto a la solicitud de adición de la sentencia, presentada por COLPENSIONES, para que también se ordené a la AFP PORVENIR S.A., restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y comisiones, habrá de accederse a la misma, pues, como señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicación 78667:

“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En

consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”. (Negrilla fuera de texto).

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el valor de los gastos de administración y comisiones, que descontó a la demandante **MARTHA YULIA TOBÓN ÁVILA**, durante el tiempo que está permaneció afiliada a esa Administradora, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada.

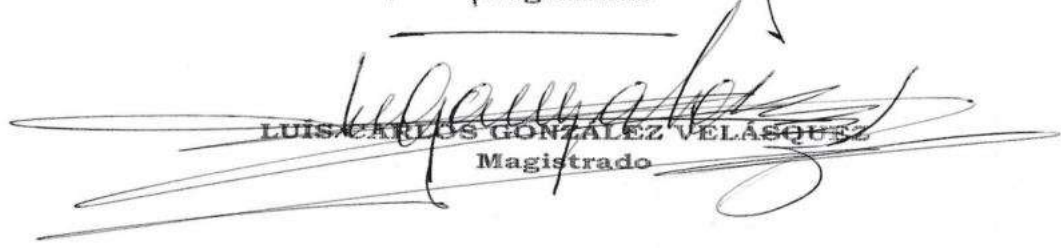
TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028201900800-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de abril de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLADYS PATRICIA SALGUERO PRADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**. No sin antes reconocer personería como adjetiva al para actuar como apoderada principal a la doctora MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta de la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES- a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES obrantes a folios 133 al 137.

ANTECEDENTES

GLADYS PATRICIA SALGUERO PRADA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y

CESANTIAS, a trasladar a COLPENSIONES, los aportes de pensión obligatorios, junto con los rendimientos financieros, que por ley debieron generar; condena a COLPENSIONES, a aceptar el traslado y realizar el trámite correspondiente, para recibir los aportes provenientes de COLFONDOS S.A.; que se conceda la ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 22 de julio de 1970; que, como trabajadora dependiente, se afilió en abril de 1995, de manera libre y voluntaria al RPM, administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hasta cuando la AFP PORVENIR S.A., sin brindarle ninguna asesoría, en un trámite en masa, logró que firmara el formulario de afiliación a dicha Administradora, sin explicarle nunca, las consecuencias del cambio de régimen pensional, limitándose a asegurarle que en el RAIS, ganaría, porque el ISS iba a desaparecer.

Refiere que, se cambió a COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, quien tampoco le informó acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, ni le presentaron proyecciones económicas del valor de su mesada pensional en uno y otro régimen, ocasionándole un grave perjuicio, pues, el cambio de régimen pensional fue contrario a su voluntad y a su beneficio pensional futuro (fls. 3-7).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se allanó a las pretensiones de la demanda, solicitando que, en caso de acceder a declarar la nulidad y/o ineficacia del régimen pensional de la actora, se abstuviera de imponer condena en costas y agencias en derecho en su contra (fl. 50).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 51-74).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de protección, sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, innominada o genérica y buena fe (fls. 85-91)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de abril de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante; en consecuencia, determinó que se encontraba válidamente afiliada al RPM; condenando a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora; condenó a COLPENSIONES, a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.

Para arribar a esa conclusión, la Juez de Primera Instancia, consideró que en el plenario no se logró acreditar que la demandante, haya recibido por parte de la AFP PORVENIR S.A., asesoría sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen al momento de suscribir el formulario de traslado, situación que constituye una omisión a su deber de información, sin que la suscripción del formulario de afiliación a la AFP demandada, sea suficiente para exonerarla del deber que tenía de brindar una suficiente, completa y detallada información respecto a las implicaciones de dejar el RPM y sus consecuencias futuras.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLPENSIONES, señaló que, la parte actora, con el paso del tiempo, nunca efectuó actos tendientes a manifestar su inconformidad con la afiliación al RAIS, por lo que, la alega falta de información no puede resultar justificación suficiente para declarar ineficaz un acto que se efectuó de manera libre y voluntaria; que, la carga de la prueba es dinámica y no sólo puede corresponder a la AFP el cumplimiento del deber del buen consejo; además que, hubo un saneamiento de cualquier vicio del consentimiento al ejecutar el contrato firmado de manera libre y voluntario e igualmente con el cambio de AFP, existiendo actos de relacionamiento de los cuales se desprende su voluntad de permanecer en el RAIS; que, no se evidenciaría una afectación o perjuicio de la actora, en su permanencia al RAIS, pues, puede buscar la indemnización por parte de las AFP demandadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, argumentó que, su recurso era parcial, en cuanto al numeral quinto la decisión impugnada, que le impuso a esa Administradora, condena en costas y agencias en derecho, pues, no se valoró que esa AFP, es una entidad de carácter particular, convocada ante una autoridad, la razón por la cual, debe presumirse su buena fe, estando, quien alega un actuar de mala fe, en la obligación de probar su dicho; además, advierte que no se valoró el hecho que la actora, no tenía un derecho pensional consolidado para el momento de su traslado al RAIS, razón por la cual no existía una justificación legal ni jurídica para que esa Administradora, le negara la afiliación, en ejercicio del derecho a la libre elección.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, apeló la decisión del a-quó, en el aparte relacionado con la devolución de los gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, teniendo en cuenta que esa AFP, es un tercero de buena fe y durante el tiempo de que demandante, estuvo afiliada, esa Administradora, ha tenido una manejo diligente de su cuenta de ahorro individual, generando unos rendimientos a los aportes destinados al reconocimiento del derecho pensional; además, que, desde su afiliación, se le han cubierto los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que, esos dineros no entran directamente a la cuenta individual, sino que corresponden a las aseguradoras y son descuentos efectuados por mandato legal; advierte que, ordenar la devolución de dichos conceptos, ocasiona un enriquecimiento sin justa causa, en cabeza de la demandante, y de COLPENSIONES, quien no solo recibe los aportes pensiones, destinados a financiar la pensión de la actora, sino que, también recibirá las cuotas de administración, para repartir entre todos sus afiliados, beneficiándose por un trabajo que no realizó; causando un detrimento en el patrimonio de la Administradora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido Colpensiones solicito revocar el fallo toda vez que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, además que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada. Entre tanto porvenir insiste en que se revoque el fallo por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y

COLFONDOS S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si se pone en riesgo la sostenibilidad económica del Sistema General de Pensiones, con esta decisión; v) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa; y, vi) si resulta ajustado a derecho la imposición de costas y agencias en derecho a cargo de la demandada AFP PORVENIR.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester

*determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba, que le corresponde a las Administradoras privadas de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues, deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que,

evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegó, reclamación elevada ante las demandadas, solicitando la nulidad del traslado de la actora al RAIS (fls. 8-10); consulta SIAF (fl. 75); formulario de solicitud o traslado a la AFP PORVENIR S.A., del 31 de enero de 2003 (fl. 76); certificado de afiliación y traslado de fondos expedido por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 81); reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 105-107); resumen de historia laboral en COLFONDOS S.A. (fls. 108-113); simulación pensional elaborada por COLFONDOS S.A. (fl. 114); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl.116).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio la demandante, quien indicó que, en el año 2003, los asesores de la AFP PORVENIR S.A., llegaron de forma masiva, a la institución donde trabajaba, con un formulario que debían firmar, porque el ISS, iba a desaparecer, y pues, ante la angustia o incertidumbre respecto a qué a la posibilidad de perder sus semanas de cotización, hizo el traslado, que consistió en la firma del formulario; no les dieron ninguna explicación, el único motivo fue el cierre del Seguro Social; indica que, sólo acercándose a la edad para adquirir el derecho pensional, entendió que existía una diferencia entre las Administradoras privadas de pensiones y COLPENSIONES, pues, siempre tuvo la convicción que era igual; que, eventualmente recibía extractos de la AFP PORVENIR S.A., pero realmente no hacía un análisis detallado de los mismos; que, se cambió a COLFONDOS S.A., porque alguien le recomendó esa Administradora, ya que tenía la posibilidad de recibir más intereses.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora GLADYS PATRICIA SALGUERO PRADA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y

consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 31 de enero de 2003, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de*

este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

Ahora, en relación con la inconformidad de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en cuanto a la orden de restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, basta indicar que ninguna razón les asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **GLADYS PATRICIA SALGUERO PRADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

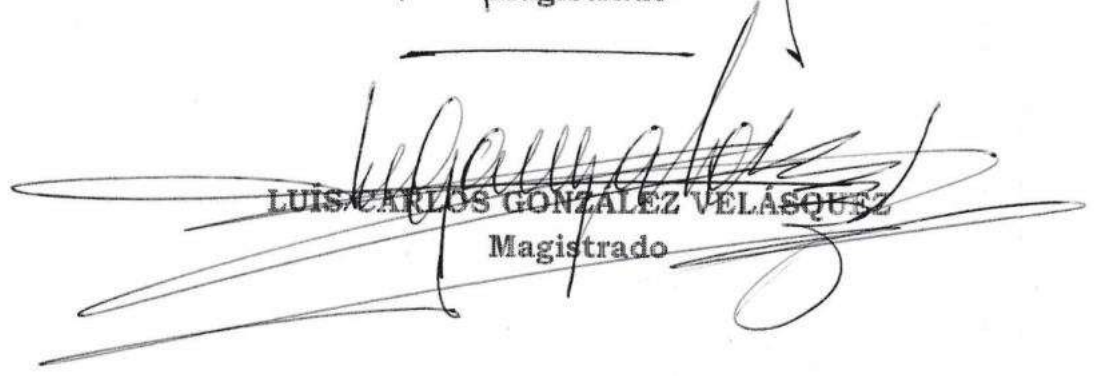
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105020201900872-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN CARLOS ABUABARA ELJADUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** No sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderado sustituto al doctor GUSTAVO ENRIQUE MARTINEZ GONZALEZ, obrantes a folio 6 a 8.

ANTECEDENTES

JUAN CARLOS ABUABARA ELJADUE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la ineficacia

de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 30 de noviembre de 1995, por falta o deficiencia en el cumplimiento al deber de información; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a aceptar su regreso al RPM; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a girar con destino a COLPENSIONES, todos los valores que correspondan a cotizaciones efectuadas en dicha Administradora; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita que se declare la nulidad de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 30 de noviembre de 1995, por falta o deficiencia en el cumplimiento al deber de información; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a aceptar su regreso al RPM; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a girar con destino a COLPENSIONES, todos los valores que correspondan a cotizaciones efectuadas en dicha Administradora.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 21 de febrero de 1959; que, prestó sus servicio como empleador público en varias entidades oficiales, cotizando a CAJANAL, hasta el 30 de abril de 1995, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., en la cual los asesores comerciales, no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, no se le hizo un estudio de su situación particular, sólo se le ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiar de régimen pensional; tampoco le explicaron las implicaciones del documento que firmaba.

Refirió que, la AFP PORVENIR S.A., tenía el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, ilustrando al afiliado de manera suficiente acerca de las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, lo que no ocurrió en el presente caso, afectando su dignidad humana y la remuneración a que tiene derecho, además de lesionar el principio de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales; que, solicitó a las demandadas la ineficacia y/o nulidad de su traslado y afiliación al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente (fls. 3-17 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del

derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 129-163 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 171-207 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante, del RPM al RAIS, realizado el 30 de noviembre de 1995; declaró que el actor, siempre ha estado afiliado al RPM, previamente a cargo de CAJANAL y desde el 30 de noviembre de 1995 a COLPENSIONES, como actual aseguradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensión, junto con los rendimiento financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; ordenó a COLPENSIONES, recibir y activar la afiliación del demandante, aceptando su reintegro al RPM; condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita revocar en su totalidad de la decisión del Juez de Primer Grado, argumentado que, el traslado del demandante, se realizó de manera libre, espontánea, voluntaria y se le brindó una completa información, sin que se demuestren actos que impidieron o atentaron contra la afiliación del trabajador, a través una conducto dolosa; que, el formulario de afiliación no puede ser desconocido, ni pasado de un simple formato, pues, nace del cumplimiento de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, esa AFP, no puede ser condena por cumplir la ley, se trata de un documento público, que no fue tachado de falso y se presume auténtico; que, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de retornar al RPM, por estar a 10 años o menos de cumplir la edad mínima para pensionarse, límite impuesto por el Legislador, primando el interés general sobre el particular en aras de evitar la descapitalización del Sistema y procurando la estabilidad financiera del RAIS; que, no puede declararse la ineficacia de una afiliación

válida, simplemente porque el plan de pensiones del demandante, no resultó acorde a sus aspiraciones; que, esa Administradora, sí cumplió con su deber de información, al momento de afiliación del demandante, brindándole de manera verbal, toda la asesoría requerida por el actor, para tomar su decisión, sin que se indique por parte del a-quo, además del formulario de afiliación, cuál sería el medio probatorio idóneo y suficiente para acreditar el cumplimiento de dicha obligación; que, el demandante, como consumidor financiera también tiene una serie de obligaciones, como informarse adecuadamente sobre el Sistema General de Pensiones, lo que no cumplió el demandante, mientras esa AFP siempre ha cumplido con sus deberes legales y de información; que, los gastos de administración, no hacen parte de la pensión de vejez, por lo tanto, no se puede ordenar su devolución, adicionalmente, se encuentran prescritos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, manifestó que, su inconformidad respecto a la carga de la prueba que, considera, en virtud del artículo 167 del CGP, le correspondencia al actor, estando éste en la obligación de demostrar los vicios del consentimiento; citó varios pronunciamientos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; que, no resulta suficiente la simple afirmación del demandante, para declarar la ineficacia de un traslado que se surtió con el cumplimiento de los requisitos legales, vigentes para la fecha, sin que puede exigirse requisitos adicionales a la AFP, pues, nadie está obligado a lo imposible; que, la decisión impugnada pone el riesgo la estabilidad financiera de COLPENSIONES; que, las codena en costas y agencias en derecho, agravan la situación de esa Administradora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido Colpensiones solicito que se revoque en su totalidad el fallo debido a que la demandante no esta amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, Porvenir por su parte insiste en que se revoque la sentencia de primera instancia ya que en el presente asunto la parte demandante realizo cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindo una información oportuna y completa como lo asevero al suscribir el formulario de afiliación. Entre tanto, la parte actora insiste en que se confirme el fallo de primera instancia argumentando que, es una obligación brindar una información que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y iv) si procede o no la orden de devolución de gastos administración o son susceptibles de prescripción.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester

*determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la

tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al respecto, milita en el plenario, certificados electrónicos de tiempos laborados – CETIL para efectos del bono pensional (fls. 21-37 PDF); certificación de ingresos y descuentos expedida por la Contraloría General de la República (fls. 38-45 PDF); formulario solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 30 de noviembre de 1995 (fl. 50 PDF); historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fl. 64-72 PDF); solicitudes de ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional, presentadas por el demandante ante la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, con sus respectivas respuestas (fls. 74-85 PDF); historia laboral para bono pensional (fls. 86-89 PDF); certificación laboral del demandante (fl. 90 PDF); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 91-94 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., indicó que, la información brindada al demandante, al momento de su traslado de régimen pensional, en el año 1995, se entregó de manera verbal; que, no reposa en la Administradora, el nombre del asesor que realizó la asesoría y el trámite de la afiliación; que, es un requisito para los asesores brindarle al posible afiliado información acerca de las características de uno y otro régimen, para que pueda tomar la mejor decisión; que, para el año 1995, no se realizó proyección o simulación pensional al demandante, porque esta obligación sólo surgió en el 2014; que, es un deber de los asesores de la AFP PORVENIR S.A., informar a los posibles afiliados que deben tener un 110% en su cuenta para acceder al beneficio pensional y se les habla de la pensión mínima, pero no se les puede hablar de cuál sería el monto de la pensión de vejez 20 o 25 años después, debido a que para la época no existía el requisito de generar una proyección, además de haberlo hecho, se le hubiese creado una falsa expectativa al demandante.

Por su parte, el demandante, manifestó en el interrogatorio de parte, que, para el año 1995, se había acabado CAJANAL, donde había estado afiliado el como funcionario público, toda la vida; que, para esa época el boom eran las Administradoras privadas de pensiones, recibió una llamada de la persona encargada del área de pensiones de la Entidad, donde trabajaba, él era jefe de unidad, y le pidió que si podía atender a un asesor de la AFP PORVENIR S.A.; que, se trató de una reunión individual, de 5 o 10 minutos, limitándose a informarle que el ISS, también se acabaría, entonces con esa escasa información procedió a trasladarse de régimen pensional; que, le ofrecieron una pensión más alta, porque tendría intereses y se podría

pensionar a cualquier edad, pero no le explicaron ni el capital que requería para ello; que, al diligenciar el formulario de afiliación le pidieron el nombre de unos beneficiarios porque le dijeron que la pensión era heredable; que, el salario con el cual cotizaba para el año 1995, es el valor de la mesada pensional que actualmente le ofrece la AFP PORVENIR S.A., por lo que, de haber estado suficientemente ilustrado al respecto, él nunca se hubiese afiliado esa Administradora.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus

potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 30 de noviembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

De otra parte, dado que la apoderado de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese Fondo, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de 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 sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le relevan de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JUAN CARLOS ABUABARA ELJADUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

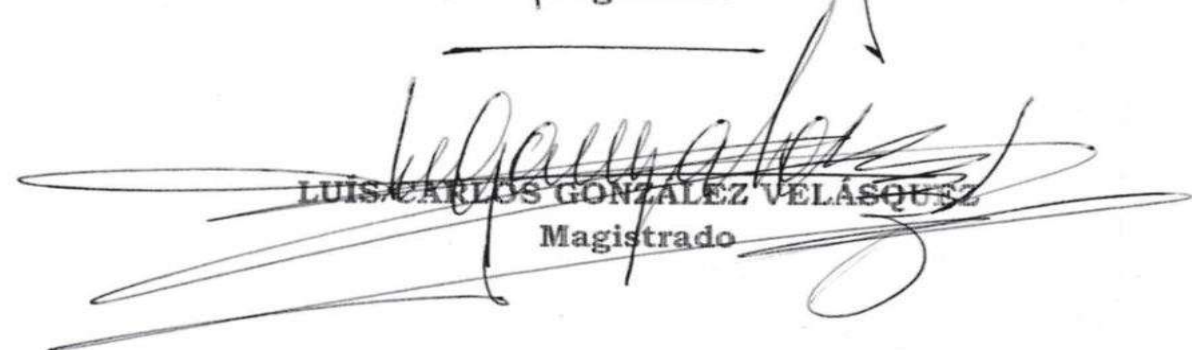
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105006201900884-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Indemnización sustitutiva pensión de vejez.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y de la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2021, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JUAN DE LA CRUZ HERNÁNDEZ ROMERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

JUAN DE LA CRUZ HERNÁNDEZ ROMERO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cumplir la edad exigida para la prestación, sin acreditar el mínimo de semanas de cotización obligatorias; y, en consecuencia, que, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la suma de \$52.939.357 o un valor superior, a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, liquidada de conformidad con los valores que se acrediten en el proceso; que, se ordene el pago de los intereses moratorios desde el momento en que se causó la obligación, que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 7 de abril de 1956, por lo que cumplió 62 años, el mismo día y mes del año

2018; que, trabajó como docente oficial, al servicio de la Secretaría de Educación Distrital, del 14 de abril de 1994 al 26 de diciembre de 2018, periodo durante el cual estuvo afiliado al FONPREMAG y allí hizo sus aportes para Seguridad Social en pensiones.

Indicó que, por su labor como docente el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bogotá, mediante resolución 8695 del 19 de diciembre de 2014, le reconoció una pensión de jubilación, en cuantía de \$2.518.825, a partir del 14 de septiembre de 2014; que, para la liquidación de esa pensión, no se tuvo en cuenta ninguno de los aportes realizados por su trabajo en forma discontinua al servicio de empleadores privados entre el 03 de septiembre de 1986 y el 30 de noviembre de 2006, los cuales fueron aportados al entonces ISS, correspondientes a 865,29 semanas.

Refirió que, el 09 de noviembre de 2018, radicó ante COLPENSIONES, la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva solicitando tener en cuenta únicamente los tiempos cotizados en el régimen privado; no obstante, COLPENSIONES, mediante la resolución SUB 34634 del 08 de febrero de 2019, le negó el derecho, pues, según esa Administradora, los recursos reclamados debían ser utilizados para financiar la pensión de jubilación, que reconoció y paga FONPREMAG (fls. 3-9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 33-36, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, aceptando la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues, considera que, es incompatible con la pensión reconocida por el FONPREMAG; además, en virtud del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, y que, cuando ningún tiempo se incluya para su reconocimiento ni en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición del mismo, se entregará a quien reconozca el derecho. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 15 de noviembre de 2021, el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma de \$33.840.217 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la indexación de lo debido, desde la exigibilidad de la obligación, que se produjo con la reclamación de la

prestación, ante la imposibilidad de seguir cotizando, el 09 de noviembre de 2018 y hasta cuando se proceda al pago de lo debido; absolvió a COLPENSIONES, de las restantes pretensiones de la demanda; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **DEMANDANTE**, aclara que, su recurso se limita a la cuantía de la indemnización sustitutiva liquidada por la Juez de Primera Instancia, pues, se debe ajustar al alza, con la misma fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia, para la actualización de los sueldos.

Por su parte, **COLPENSIONES**, pide tener en cuenta lo establecido en el Decreto 1730 de 2001, que reglamenta el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, referente a la indemnización sustitutiva en el RPM, donde se define cuándo se genera este derecho; indicó que, revisado el aplicativo de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al demandante, ya le fue reconocida una pensión de jubilación, a partir del 14 de septiembre de 2014, en una cuantía de \$2.518.825, por lo tanto, contrario a lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, se encontraría percibiendo más de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público; que, dentro de los principios generales del Sistema Pensional, rige la solidaridad que se debe aplicar en el presente caso; que, los aportes del demandante, sólo pueden ser solicitados por el FOMAG, para financiar el reconocimiento y financiación de la prestación que se encuentra a su cargo, conforme al artículo 17 de la Ley 549 de 1999; que, se debe analizar la compatibilidad de las pensiones de COLPENSIONES y las concedidas por el Magisterio, que según concepto de esa Administradora, no son concurrentes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el demandante, solicitó modificar la sentencia recurrida, en el sentido de revisar al alza la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida, pues, considera que no está ajustada al valor real que le corresponde al afiliado por dicho concepto; dijo que, el cálculo de Primera Instancia, no colma las expectativas de la demanda, dado los valores establecidos en el proceso, al contarse con un total de 886.86 semanas cotizadas con los ingresos que se reportan en la relación de cotizaciones arrimadas al proceso por la demandada; que, en el libelo introductorio se establecieron unos valores y se explicó la fórmula aplicada para llegar al valor de \$52.939.357; no obstante, en la sentencia se ordenó el pago de \$33.848.217, suma con la que no está de acuerdo, ya que, al revisar la liquidación o las bases sobre la cual el Juzgado realizó la operación aritmética

partiendo de la fórmula dispuesta por el legislador para el efecto, mientras el promedio semanal de Primer Grado, es de \$381.573,38, para él es de \$443.341, lo que se nota superior, siendo el promedio semanal, el posible origen de las diferencias entre una y otra liquidación.

COLPENSIONES, pidió confirmar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, por encontrarse ajustada a Derecho.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, pese a que el demandante, es beneficiario de una pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, en caso afirmativo, se deberá revisar la liquidación efectuada por la a-quo, para determinar si el valor ordenado, se ajusta a la realidad.

DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ DEL RPM Y LA PENSIÓN DE JUBILACION RECONOCIDA POR EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Alega COLPENSIONES, en su recurso, la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada por el demandante, con la pensión de jubilación que el mismo percibe por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tratarse de dos asignaciones que provienen del Tesoro público.

Al respecto, sea lo primero señalar que, conforme a lo indicado por el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las reglas del Sistema General de Pensiones, no se aplican a *“los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*.

Por su parte, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, consagra la posibilidad de acumular cotizaciones, en el caso de profesores que para la fecha de su promulgación, 29 de marzo de 1994, se encontraban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o que se tuvieran que afiliar y que además, recibieran remuneraciones del sector privado, pudiéndose vincular al RPM o al RAIS, a

través de la Administradora de su elección, aplicándose al afiliado las condiciones vigentes del régimen seleccionado, así:

“...Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado...”.

Respecto a la compatibilidad entre una pensión de jubilación oficial y una pensión de vejez reconocida por el ISS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, reiterada el 17 de julio de 2013 en la sentencia con radicación 41001, indicó:

“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral...”.

De otra parte, el artículo 128 de la Constitución Política, señala que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley; indicando que se entiende por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas; frente a lo cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de noviembre de 2018, radicación 42996, reiterando las sentencias 48880 del 28 de febrero de 2018 y 52150 del 14 de marzo de 2018, indicó que la regla general del Sistema General de Pensiones es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que lo gobiernan, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo; precisando que en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

En el presente caso, reclama el demandante, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, a través del Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, por diferentes empleadores del sector privado, desde el 03 de septiembre de 1983 al 30 de noviembre de 2006, para un total de 863 semanas cotizadas (fl. 20-22 y 52-56); y, aunque es beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 8695 del 19 de diciembre de 2014, por haber prestado servicios como Docente oficial (fls. 11-12); lo cierto es que, ambas prestaciones son compatibles, tal como lo concluyó la Juez de Primera Instancia, ya que, su fuente de financiación es independiente, además, su reconocimiento está a cargo de diferentes entidades.

Sin que le asista razón a la apoderada de COLPENSIONES, cuando afirma que el demandante, estaría percibiendo doble asignación del tesoro público, pues la prestación que tiene su fuente en el Sistema General de Pensiones, pretendida en este caso, se financian con recursos parafiscales y, por tanto, no se vulnera el artículo 128 de la Constitución Política; y mal podría destinarse para financiar una pensión de jubilación con origen diferente al que tenían las cotizaciones realizadas por los empleadores privados del actor, como insistentemente lo señala COLPENSIONES, al citar el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Ahora, en cuanto a la inconformidad de la parte actora, respecto al valor de la indemnización sustitutiva liquidada en Primera Instancia, de conformidad con lo establecido por el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, en concordancia con el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, revisado nuevamente el cálculo de la misma, con ayuda del contador liquidador de este Tribunal, a la fecha de la presente decisión, se obtiene la suma de \$33.715.257, valor inferior al liquidado por la a-quo, esto, por cuanto, en el promedio ponderado de los porcentajes de cotización no se debe tener en cuenta el porcentaje del 3% destinado a gastos de administración.

Así las cosas, como la decisión de Primera Instancia, fue recurrida por ambas partes, y se obtuvo una condena inferior a la impuesta por la Juez de Instancia, resulta procedente modificar, a favor de COLPENSIONES, la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a esa Administradora, a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma de \$33.715.257 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; debiendo confirmarse en todo lo demás la decisión apelada.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2021, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor del demandante **JUAN DE LA CRUZ HERNÁNDEZ ROMERO**, la suma de TREINTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$33.715.257), por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

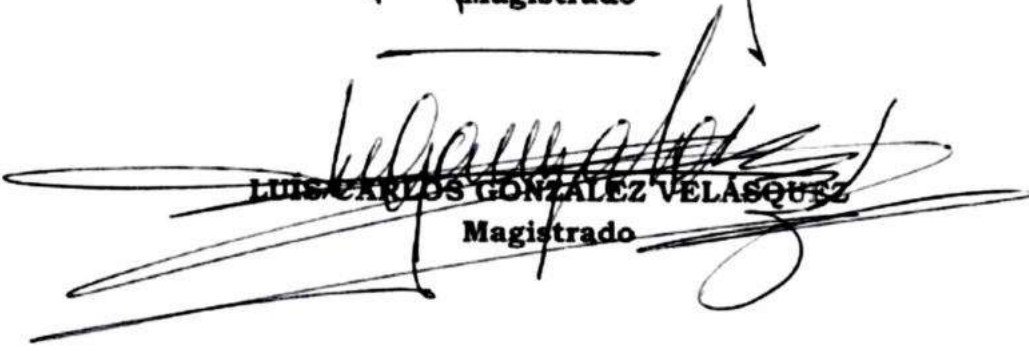
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a cargo del demandante y de \$1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado