



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: VILMA RUTH BAUTISTA LÓPEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2021 00342 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de las demandadas contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2023, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 13 de junio de 1957, que estuvo vinculada al régimen de prima media desde el 15 de abril de 1977 hasta el 31 de julio de 2002, que el 30 de julio de 2002 los asesores comerciales de PORVENIR se presentaron en su lugar de trabajo ofreciendo el traslado de régimen pensional por lo que suscribió el formulario de afiliación

y el 2 de agosto de 2002 se hizo efectivo el traslado, que en ese momento el asesor de la demandada omitió la obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente, veraz, clara, eficaz y oportuna que le permitiera al futuro afiliado, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger entre los regímenes pensionales existentes y poder tomar una decisión informada respecto de su futuro pensional.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (archivo 10).

PORVENIR S.A. allegó contestación por medio de la cual se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto aduce que nunca existió la omisión de información aludida en la demanda, dado que se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Adicionalmente, señaló que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que, la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados junto con todos los

rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en la decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, declaró que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, declaró no probadas las excepciones formuladas, y no condenó en costas.

Manifestó el A-Quo que no se acreditó que en el momento en que la actora efectuó el traslado el Fondo Privado hubiera otorgado información indicándole las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que no comparte la decisión adoptada por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de COLPENSIONES e indicó que la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional y ella no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS como es el retracto.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que en el presente asunto no se dan los supuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pues la afiliación de la demandante al RAIS es válida y se efectuó de forma voluntaria, sin presiones y de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado (año 2002) y en todo caso, la demandante pudo validar la información que se encuentra en la Ley 100 de 1993.

Indicó que, en caso de ser confirmada la decisión de la ineficacia del traslado, no hay lugar a trasladar los rendimientos generados por PORVENIR pues se indica que nunca existió la afiliación de la demandante. Tampoco hay lugar a restituir sumas pagadas por primas de seguros previsionales ni la indexación de valores. Deberá desestimarse la condena en costas.

ALEGACIONES

La apoderada de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales indicando que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia únicamente incluye el traslado del monto de los aportes y la rentabilidad, además, señaló que ordenar la indexación de las sumas conlleva una doble sanción.

La apoderada de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar el fallo emitido en primera instancia por cuanto aduce que el traslado goza de plena validez y, además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, lo cual permite concluir que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a Ley permitir el traslado solicitado; por lo anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media.

La apoderada de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Establecer si hay lugar a condenar en costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 1, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 13 de junio de 1957.
- A folio 2, formulario de afiliación a PORVENIR S.A.
- A folio 3, reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

- A folio 7, respuesta proferida por COLPENSIONES el 28 de septiembre de 2020.

Archivo 10

- A folio 50 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 11

- A folio 34, reporte SIAFP.
- A folio 39, historia válida para bono.
- A folio 45, historia laboral consolidada.
- A folio 51, relación histórica de movimientos.
- A folio 68, certificación de afiliación expedida por PORVENIR el 08 de febrero de 2002.
- A folio 77, comunicados de prensa.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas PORVENIR Y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, adicionalmente, PORVENIR argumentó que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, ni la condena en costas.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta*

a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones

de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias

proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los

regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en

que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR, de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Frente a las costas procesales, se evidencia que el juez de instancia no condenó al pago de las mismas por no encontrarlas causadas, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2023, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YOLANDA RUSSI NEIRA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00428 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante y de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 12 de julio de 2023 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes junto con sus rendimientos y se ordene a COLPENSIONES a aceptar la afiliación de la demandante y recibir el traslado de todos los aportes, lo ultra, extra petita, costas y agencias en derecho (archivo 02).

Como fundamento de su petición, indicó que nació el 05 de noviembre de 1963, que se afilió al ISS a partir del 1 de noviembre de 1988; que el 1 de noviembre de 1994, se trasladó a PORVENIR S.A., sin que al momento de la afiliación se le brindara información adecuada y completa acerca del RAIS.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la afiliación realizada por la demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de

vinculación. Además, señaló que a la parte demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito denominadas prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (archivo 08).

COLPENSIONES contesto la demanda y se opuso a las pretensiones. Argumento que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a PORVENIR S.A., ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Además, indico que no es posible tener a la demandante como afiliada al RPM como quiera que se encuentra afiliada al RAIS desde hace más de 20 años y dicho traslado vulneraría el principio de sostenibilidad presupuestal del que habla el artículo 48 de la Constitución política y el Acto Legislativo 001 de 2005.

Presentó las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; 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 adiciono el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (archivo 09).

OTRAS ACTUACIONES

En diligencia celebrada el 21 de octubre de 2022, se aprobó la conciliación celebrada entre PORVENIR y la demandante en la que se aceptó la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, con el retorno a COLPENSIONES de los dineros correspondientes a rendimientos frutos e interés. Se fijó el litigio en establecer sí se debía retornar a COLPENSIONES los gastos de administración y primas de seguro previsional.

Mediante providencia de 11 de abril de la presente anualidad, esta Sala resolvió “DECLARAR LA NULIDAD de las actuaciones surtidas por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en la audiencia realizada el 21 de octubre de 2022 desde la etapa de conciliación incluso y en adelante, debiendo realizar nuevamente los trámites respectivos y con ajuste a las disposiciones legales.”

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de julio de 2023, declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como en este asunto PORVENIR no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

No condenó por concepto de gastos de administración bajo el argumento que el Fondo Privado había contratado una serie de seguros de buena fe, y que gracias a ello la demandante se encontraba amparada por los riesgos de vejez y sobrevivencia, además, que la cuenta de la accionante fue administrada de manera adecuada y ello generó una serie de rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE indicó que debía ordenarse el traslado a COLPENSIONES de los gastos de administración y seguros previsionales pues ya la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había señalado que tales conceptos eran una consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

COLPENSIONES manifestó en su recurso que la demandante al momento del traslado se encontraba inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, la demandante nunca se acercó al Fondo a corroborar la información que en un principio le había sido otorgada, además, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Coadyuvó la solicitud elevada por el apoderado de la demandante en cuanto a ordenar a PORVENIR a devolver todos los conceptos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante y de PORVENIR presentaron escritos de alegaciones.

PORVENIR indicó que como Administradora de Fondo de Pensión siempre le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que esa entidad en la Circular 019 de 1998 dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

Agregó que de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS), debía aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A. no se le condenara a devolver los gastos de administración y de seguros.

Por su parte, el apoderado de la DEMANDANTE señaló que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida en el Instituto de Seguro Social hoy COLPENSIONES y a CAJANAL, desde el 1 de noviembre de 1988 y hasta el 1 de noviembre de 1994 fecha para la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual específicamente a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR sin haber recibido la asesoría adecuada que le permitiera evaluar los riesgos y/o beneficios en este régimen respecto de sus condiciones pensionales en un futuro, pudiéndose afirmar que la demandada no cumplió con su deber de asesoría.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración y seguro previsional.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 2

- A folio 23, cédula de ciudadanía de la demandante en la que se evidencia que nació el 05 de noviembre de 1963.
- A folio 35, reclamación administrativa a Colpensiones, con fecha del 23 de marzo del 2021.
- A folio 42, reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- A folio 46, historia laboral consolidada expedida por PORVENIR.

Archivo 8

- A folio 94, reporte SIAFP.

- A folio 97, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 22 de noviembre de 2021.
- A folio 98, solicitud de afiliación y traslado COLPATRIA.
- A folio 99, solicitud de vinculación a PORVENIR.
- A folio 100, historia laboral del Ministerio De Hacienda Y Crédito Público
- A folio 105, historia laboral consolidada PORVENIR
- A folio 106, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- A folio 144, relación de aportes.
- A folio 167, comunicados de prensa

Archivo 9

- A folio 51 y siguientes, expediente administrativo.

Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad

portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión*

permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en

sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe

tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la

seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es

quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandante y de PORVENIR, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), en consecuencia, hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2023, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a las AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RICARDO RAMÍREZ GARZÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00364 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes a pensión, rendimientos, bonos pensionales, títulos pensionales, comisiones y demás valores existentes en la cuenta de ahorro individual, se condene a COLPENSIONES a registrar, activar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de las costas.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 20 de mayo de 1958, que el 18 de marzo de 1996 fue trasladado del ISS a COLFONDOS, que para ese momento no se le suministró información ni explicación sobre las consecuencias del traslado ni su derecho al retracto, que el 28 de julio de 1999 se trasladó a COLPATRIA momento para el cual tampoco se le brindó información amplia y suficiente (archivo 01).

COLFONDOS contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra argumentando que al demandante se le brindó la asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, también se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó las excepciones de fondo 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 10).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, adujo que el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Presentó 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 (archivo 11).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones. Sostuvo que no se cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y dicha decisión estaría afectando el patrimonio público y poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (archivo 18).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de abril de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos; ordenó a PORVENIR y a COLFONDOS devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1996 y mientras estuvo afiliado a cada uno de los fondos demandados, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante sin solución de continuidad y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a los fondos demandados y a favor del demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo que con la creación de la Ley 100 de 1993, los Decreto 663 de 1993 y 656 de 1994, siempre existió el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – y se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil que consagra el principio de ejecución de buena fe de los contratos, estos deben ejecutarse de buena fe y no solo lo que expresan, sino todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella regla valida para todas las obligaciones. La información brindada por los fondos de pensiones debe ser completa, clara y certera, por ello, las administradoras deben acreditar haber cumplido en debida forma con el deber de información, teniendo en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el cumplimiento del deber. En ese entendido,

precisó que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES solicitó revocar la decisión de instancia por cuanto no se aportó prueba alguna que permitiera evidenciar la presencia de algún vicio del consentimiento; además, indicó que estamos ante un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico demandado; también indicó que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil pues los fallos de la Corte convierten la responsabilidad de los fondos en una objetiva toda vez que no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la presencia de algún vicio y toda la carga probatoria recae sobre los fondos; existen obligaciones recíprocas y entre los deberes que tienen los afiliados al sistema general de pensiones uno de ellos es informarse adecuadamente de dicho sistema y atendiendo al silencio del demandante en el transcurso del tiempo, se entenderá que su decisión es consiente de permanecer en el régimen de ahorro individual; la decisión atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. finalmente, solicitó revocar la condena en costas porque COLPENSIONES no participó en esos actos declarados ineficaces.

PORVENIR solicitó revocar la condena en su totalidad por cuanto no fue esta AFP la responsable del traslado de régimen del demandante y si bien no se desconoce que el deber de información ha existido desde la misma creación de los fondos privados, con expedición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que este mismo ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo que con los años se ha hecho más exigente, es decir, que para el año 1999 y de conformidad con que se estaba realizando un traslado horizontal a COLPATRIA a dicha AFP no se le podía exigir brindar a los potenciales afiliados una información en los términos de la sentencia, además, el demandante tenía la carga de indagar sobre las consecuencias de su traslado.

Adicionalmente, señaló que se aparta de la condena relacionada con trasladar los gastos de administración pues dichas sumas fueron debidamente causadas por la correcta actividad administradora durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado y dicha condena representa un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. En cuanto a la orden de devolver los seguros previsionales, deberá tenerse en cuenta que los mismos fueron trasladados en su momento a las aseguradoras contratadas y cumplieron los

finés establecidos en la Ley 100 de 1993. En caso de confirmar la decisión de estas condenas, solicitó revocar la indexación de dichos valores.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales antes del término concedido.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales indicando que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia únicamente incluye el traslado del monto de los aportes y la rentabilidad, además, señaló que ordenar la indexación de las sumas conlleva una doble sanción.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Establecer si hay lugar a condenar en costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 41, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 20 de mayo de 1958.
- A folio 45, formulario de vinculación a COLFONDOS.
- A folio 46, formulario de vinculación a COLPATRIA.
- A folio 47, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 49, certificado de afiliación y traslado a otro fondo expedido por COLPENSIONES el 07 de octubre de 2019.
- A folio 63, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 105, solicitud de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional radicada ante COLPENSIONES el 11 de julio de 2019.
- A folio 132, respuesta de COLPENSIONES.

Archivo 11

- A folio 40, historia laboral consolidada.
- A folio 58, relación histórica de movimientos.
- A folio 96, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 08 de agosto de 2021.

- A folio 105, historia válida para bono.
A folio 111, reporte SIAFP.
- A folio 114, comunicados de prensa.

Archivo 19

- Historia laboral expedida por COLPENSIONES.

Archivo 20

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas PORVENIR Y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, adicionalmente, PORVENIR argumentó que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de

conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre el hecho que el demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen y se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad del demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005; respecto de dicho argumento, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de*

ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto,

o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463,

STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y

desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con

prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR, de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que el juez de primera instancia las encontró causadas respecto de las demandadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA RUTH PEREZ BETANCURT

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2020 00391 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la UGPP contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2023 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que fue retirada de la Caja de Crédito Agrario el 27 de junio de 1999 por liquidación de la Entidad, que para dicha data causó el derecho pensional convencional por haber laborado más de 20 años en dicha entidad, que adquirió el derecho pensional convencional mucho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en consecuencia, se condene a la demandada a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio desde el 11 de agosto de 2007, se ordene el pago indexado y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de veinte años, que el 27 de junio de 1999 se le dio por terminado su contrato, que para ese momento tenía más de 20 años de servicio y no había cumplido la edad de

50 años, que mediante Resolución 05542 del 03 de septiembre de 2007 el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció una pensión de jubilación Convencional a partir del 11 de agosto de 2007 en cuantía de \$999.438,64, que mediante Resolución 513 del 17 de marzo de 2009 el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia ordenó la indexación de la mesada pensional y de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce (archivo 01).

La UGPP contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la mesada catorce, por cuanto aduce que, aunque se haya efectuado un reconocimiento pensional convencional, la fecha de efectividad de la pensión fue desde que la actora acreditó su status como pensionada, esto es, desde el 11 de agosto de 2007, es decir, ya se encontraba en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 y la actora no cumple con los requisitos que la norma exige para el reconocimiento de la mesada 14.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada y prescripción de las mesadas (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de junio de 2023, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la mesada catorce en el mes de junio de cada anualidad desde la correspondiente a junio de 2017 y en adelante, pago que debe hacerse indexado a la fecha efectiva de pago y sobre el cual autorizó el descuento de los aportes a salud. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas catorce causadas con anterioridad al 11/12/2016 y condenó en costas a la UGPP.

Como fundamento de su decisión, señaló que para resolver se debe acudir al artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la extinta Caja Agraria y la organización sindical SINTRACREDITARIO vigente para 1998-1999. Asimismo, se deben tener en cuenta los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005 y la sentencia SL5597 de 2021.

De conformidad con la legislación y jurisprudencia previamente citada, concluyó la A-Quo que en virtud de la sentencia C-409 de 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; a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 dicha prerrogativa fue derogada salvo para quienes

percibieran pensiones iguales o inferiores a 3 SMLMV y, finalmente, se tiene que tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011.

La discusión aquí entonces, es cuándo se causó la pensión de la demandante, para ello, es preciso acudir a lo establecido en sentencia SL526 de 2018 que señaló que, en estos eventos de pensión convencional de la Caja Agraria, el requisito del cumplimiento de la edad de 50 años para mujeres es únicamente un requisito para el disfrute, pero no de causación, por ende, el requisito para la adquisición del derecho es haber cumplido 20 años de servicio en la institución y haber sido retirado del servicio sin haber cumplido la edad.

Así las cosas, precisó que en efecto la demandante se desvinculó del servicio de la Caja Agraria el 27 de junio de 1999, que al momento del despido contaba con más de 20 años de servicio con esa entidad y no había cumplido la edad de 50 años, por lo que en ese momento causó el derecho pensional y no se vio afectada por lo establecido en el inciso 8° del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en consecuencia, tiene derecho al pago de la mesada 14, pues el 11 de agosto de 2007 no causó el derecho, simplemente cumplió la edad para hacer exigible el derecho pensional.

Indicó que si bien la demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14 desde el 11 de agosto de 2007, no hay lugar a ordenar su pago desde dicha fecha pues inicialmente se le reconoció dicha mesada, tal como lo expuso en los hechos de la demanda, además, en la certificación del FOPEP se evidencia que se le pagó desde el 2007 hasta el 2011, por lo que solo es hasta el año 2012 que efectivamente se suprimió el pago de dicha mesada a la demandante (PDF 13). También señaló que se debe tener en cuenta que la UGPP interpuso la excepción de prescripción, por lo que teniendo en cuenta que la reclamación de la mesada 14 ante la UGPP se realizó el 11 de diciembre de 2019 y el acta de reparto muestra que la demanda fue radicada el 3 de noviembre de 2020, están prescritas las mesadas causadas ante del 11 de diciembre de 2016 y en ese orden de ideas, hay lugar a ordenar el pago de la mesada catorce desde junio de 2017 en adelante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **la UGPP** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar el fallo por cuanto aduce que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a lo solicitado en la demanda, toda vez que mediante Resolución 05542 del 03 de septiembre de 2007 la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero reconoció pensión de jubilación convencional y

a su vez el Fondo de Pasivo Social por medio de Resolución 513 del 17 de marzo de 2009 modificó el artículo 1° de la anterior resolución y se aumentó la mesada pensional para agosto de 2011 a \$1.879.800. Indicó que la edad es un requisito de causación de la pensión por lo que teniendo en cuenta que la demandante cumplió la edad de 50 años en el 2007 y su mesada era superior a 3 SMLMV, no tiene derecho a la mesada 14 y se debe declarar la excepción de inexistencia de la obligación.

ALEGACIONES

El apoderado de la UGPP presentó alegaciones finales por medio del cual indicó que la excepción de inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de mesadas adicionales se encuentra debidamente probada, en la medida en que la mesada catorce fue derogada en virtud de la Constitución Política de 1991 en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce o mesada adicional.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 18, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 11 de agosto de 1957.
- A folio 19, Resolución No. 05542 del 03 de septiembre de 2007.
- A folio 23, Resolución 513 del 17 de marzo de 2009.
- A folio 26, solicitud de pago de mesada catorce radicada ante la UGPP el 11 de diciembre de 2019.
- A folio 31, certificado de pagos expedido por el FOPEP.
- A folio 36, depósito de la convención colectiva.
- A folio 40, convención colectiva 1998-1999.

Archivo 11

- A folio 5 y siguientes, expediente pensional de la demandante.

CONSIDERACIONES

Caso concreto:

No es materia de controversia que la demandante nació el 11 de agosto de 1957, que laboró para la extinta Caja Agraria desde el 01 de agosto de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 22 años y 327 días (folio 19); que mediante Resolución No. 05542 del 03 de septiembre de 2007 la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación, reconoció pensión de jubilación convencional a la demandante en cuantía inicial de \$999.438,64 a partir del 11 de agosto de 2007; que mediante Resolución No. 513 del 17 de marzo de 2009 el Fondo de Pasivo Social ordenó la indexación de la pensión de jubilación convencional y en consecuencia dispuso el reconocimiento de una mesada inicial equivalente a \$1.651.897,65 a partir del 11 de agosto de 2007.

La discusión se centra en establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce, puesto que la UGPP afirma que teniendo en cuenta que la señora María cumplió la edad de 50 años el 11 de agosto de 2007, esto es, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y que su mesada inicial era de \$1.651.897,65, es decir, superior a 3 SMLMV para 2007, no es posible acceder al pago deprecado de conformidad con el inciso 8° del artículo 1 y el párrafo transitorio 6 del mentado Acto.

Sobre el particular, cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral expuso el criterio de interpretación y alcance que se debe dar al artículo 41 de la Convención colectiva suscrita por la Caja de Crédito Agrario y el Sindicato para los años 1998-1999, señalando que *“los requisitos de causación son la prestación de servicios durante 20 años y la desvinculación del trabajador de la empresa, pues la edad constituye una condición individual de exigibilidad, goce o disfrute de la prestación”* (sentencia SL1437 de 3 de mayo de 2022, SL5178-2020, radicación 71315 y SL526-2018 radicación 63158).

Además, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 consagró para los pensionados la mesada adicional pagadera en el mes de junio cuyo monto corresponde a 30 días de la pensión que le corresponda, a la que se denomina mesada catorce (14), la que fue derogada por el acto legislativo 1 de 2005 a partir de su vigencia, de conformidad con el inciso 8, excepto para quienes devengaran una pensión inferior a tres salarios mínimos legales vigentes hasta antes del 31 de julio de 2011, de conformidad con el párrafo transitorio 6, y sin perjuicio de los derechos adquiridos, ya que el mencionado Acto Legislativo en el inciso 4 señaló que en materia pensional se respetarían los derechos adquiridos.

En ese orden de ideas, al encontrarse acreditado que a la señora María Ruth Pérez Betancurt se le reconoció la pensión convencional, se entiende que dicho derecho lo causó el 27 de junio de 1999, momento para el cual se finalizó su relación laboral y se acreditó un total de 22 años y 327 días laborados a favor de la Caja Agraria, ello en atención al precedente jurisprudencia que dispone que la edad de 50 años alcanzada el 11 de agosto de 2007 constituye un requisito de exigibilidad más no de causación de la pensión.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la pensión se causó el 27 de junio de 1999, la mesada catorce pagadera en el mes de junio no se afectó por el Acto Legislativo 1 de 2005, porque es el mismo Acto Legislativo el que consagra esa limitación para las pensiones que se causen con posterioridad a su vigencia, y no como ocurre en el presente caso, razón por la que se confirmara la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Ahora bien, al estudiar la excepción de prescripción en grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se encuentra que en efecto a la demandante se le pagó la mesada catorce hasta el 06 de junio de 2011 (fl. 33), que la reclamación se llevó a cabo el día 11 de diciembre de 2019 (fl.26), y la demanda se presentó el 03 de noviembre de 2020 (fl.112), en consecuencia, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de diciembre de 2016 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción conforme lo señaló la juez de primera instancia.

Finalmente, se advierte que tal como lo señaló la A-Quo y de conformidad con la certificación aportada a folio 31 – 34, el valor de las mesadas adeudadas, que deberá indexarse al momento del pago, es:

año	mesada adicional junio
2017	\$ 2.507.983,92
2018	\$ 2.610.560,46
2019	\$ 2.693.576,28
2020	\$ 2.795.932,18
2021	\$ 2.840.946,69
2022	\$ 3.000.607,69
2023	\$ 3.394.564,83

En ese orden de ideas, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por el resultado del recurso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de junio de 2023, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN PRIETO DAZA

DEMANDADO: COLUMBIA COAL COMPANY S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2021 00589 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la terminación del contrato de trabajo fue de manera unilateral y sin justa causa, y, como consecuencia de lo anterior se ordene el reintegro a un cargo de igual o mejor condición; al reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones hasta que se haga efectivo el reintegro; lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (archivo 04).

Las pretensiones las fundamentó en que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el 3 de julio de 2008, vigente hasta el 3 de marzo de 2016 cuando le fue terminado el contrato sin justa causa.

Dicha causal se configuró por la declaración de ilegalidad del cese de actividades que realizaron algunos trabajadores de la empresa COLUMBIA COAL COMPANY S.A. en algunas minas de la compañía durante los días 16, 17, 18, 19, 21, al 26, 28 y 29 de julio de 2014, decisión proferida por la Sala

Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el día 12 de febrero de 2015, fallo confirmado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo mediante SL 1728- 2016, radicación No 70384, acta No. 02, del 27 de enero de 2016.

No se garantizó el debido proceso laboral en razón a que no fue llamado previamente al despido por parte de la empresa COLUMBIA COAL COMPANY S.A. a descargos ni a ningún proceso disciplinario para medir su grado de participación en el cese de actividades.

La carta de terminación le fue entregada el mismo día del despido.

Al señor EIDER RAMOS RODALLEGA, compañero de trabajo del demandante como garantía al debido proceso previo a despedirlo, si se le realizó diligencia de descargos el día 09 de abril de 2016 por haber participado presuntamente en el cese de actividades.

Los hechos que dieron origen al cese de actividades declarado ilegal fueron los atropellos y abusos laborales de la empresa COLUMBIA COAL COMPANY S.A. contra la organización sindical "SINTRACOAL" y sus trabajadores, por tanto, dicha organización sindical radicó queja ante el Ministerio del Trabajo oficina de cooperación y relaciones internacionales, caso 3131 de la OIT.

El demandante junto a otros trabajadores envió una carta a la empresa COLUMBIA COAL COMPANY S.A, la cual fue recibida el día 28 de febrero de 2019 haciendo uso del art 489 del C.S.T. con el fin de interrumpir la prescripción.

COLUMBIA COAL COMPANY S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que el contrato de trabajo del demandante terminó con justa causa dado que la empresa en el ejercicio de la facultad legal derivada de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades promovido por el demandante, otros trabajadores y la organización sindical SINTRACOAL, calificado así por parte de la H. Corte Suprema de Justicia; verificó previamente las conductas desplegadas por el actor advirtiéndose que las mismas lejos del ejercicio pacífico del derecho de huelga, le sirvió de excusa al demandante para desplegar actos violentos que provocaron serios perjuicios materiales a la demandada, así como momentos de zozobra y temor de quienes no participaron ni compartían tales conductas, situaciones que, dada su gravedad, permitieron adoptar la decisión unilateral con justa causa.

Agregó que contrario a lo aducido por el apoderado del demandante, la Compañía no impuso una sanción disciplinaria toda vez que no existía prescripción legal para el momento de la adopción de tal decisión que la obligara a agotar un procedimiento disciplinario sancionatorio en estricto sentido, cuando las conductas materializadas por el ex colaborador revistieron la suficiente gravedad para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral. No obstante, debe reiterarse que el aquí demandante, fue convocado, previo a su despido, al proceso de calificación del cese promovido por éste, otros trabajadores y la organización sindical, en el cual fue debidamente notificado y dentro del cual se le imputó su participación activa en el cese, dejándose señalado en qué consistió tal participación, sin dejar de lado que ejerció su defensa material y técnica puesto que: i) fue notificado de la demanda; ii) designó apoderado judicial; iii) contestó la demanda; iv) tuvo la oportunidad de proponer excepción de falta de legitimación en la causa y no lo hizo; v) solicitó pruebas; vi) ejerció contradicción en el decreto y práctica de las pruebas, vii) presentó alegatos de conclusión, e viii) interpuso recurso de apelación contra la sentencia.

Propuso como excepciones de mérito o de fondo las que denominó configuración de la prescripción, inexistencia de sustento fáctico para la procedencia del reintegro, inexistencia de fuero sindical, circunstancial, maternidad y de otro tipo, inexistencia de conflicto colectivo, condiciones fácticas y legales que legitiman la terminación del contrato, terminación del contrato de trabajo en ejercicio de una facultad legítima, justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador, improcedencia del reintegro, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación, actuación conforme a derecho, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, la innominada o genérica, prescripción de las demás pretensiones reclamadas, y pago (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de agosto de 2023, declaró la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada COLUMBIA COAL COMPANY S.A., y no condenó en costas.

Consideró la juez que, no se había interrumpido el término de la prescripción pues si bien se aportaba un documento que el demandante denominaba como reclamación, lo cierto era que el mismo no tenía la connotación de una reclamación pues no contenía o no determinaba ninguno de los derechos reclamados en la demanda.

Que aunado a ello y si en gracia de discusión se tuviera tal documento como reclamo escrito del trabajador a su empleador, lo cierto era que no se acreditaba la prueba que la demandada hubiere tenido conocimiento del mismo, pues tal y como lo había certificado la empresa de correo el documento se había entregado a la carrera 7 No. 74-36 Piso 2 de Bogotá y la dirección de notificaciones judiciales según el certificado de existencia y representación era carrera 7 No. 74B – 36 Piso 2 de la ciudad de Bogotá.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó que el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo dice que el simple reclamo interrumpe la prescripción, el demandante es un simple trabajador, es un minero, campesino, vive en veredas, no tiene recursos para defenderse como tal. En cuanto a que la reclamación no fue recibida, sí tiene el sello de correspondencia de la empresa, entonces si estaba enterada de dicha reclamación, la reclamación fue presentada el 28 de febrero de 2019 y durante dicho periodo a la presentación de la demanda no transcurrieron tres años, por ello solicita se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada presentó en oportunidad alegatos de instancia.

Señaló que en el presente proceso quedó debidamente acreditado que ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el demandante, pues para poder reclamar válidamente cualquier tipo de derecho que naciera o se derivara de la relación laboral que existió entre el demandante y mi representada, debió haberse instaurado la demanda en los tres años siguientes a la finalización del vínculo laboral, lo cual no ocurrió, habida cuenta que la terminación del contrato de trabajo se configuró el 3 de marzo de 2016 con justa causa, y su demanda se presentó tan solo hasta el 10 de diciembre de 2021.

Agregó que como bien lo tuvo por confesado el despacho, cuando el demandante rindió su interrogatorio manifestó que no había efectuado reclamo alguno después de haberse terminado el contrato de trabajo.

El apoderado de la parte demandante presentó por fuera del término escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si operó el fenómeno de la prescripción, y, en caso negativo, si el demandante fue despedido sin justa causa por no haberse respetado el derecho al debido proceso que le asistía.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folios 2, certificación de empresa de correo certificado.
- A folio 3, reclamación.
- A folio 6, citación a descargos.
- A folio 7, informe para descargos.
- A folio 8, acta de descargos.
- A folio 10, 47, 61, terminación unilateral del contrato de trabajo.
- A folio 12, decisión Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá.
- A folio 20, sentencia Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito Programa de Descongestión OIT.
- A folio 46, cumplimiento del fallo de tutela.
- A folio 52, diligencia de descargos.

Archivo 15

- A folio 1, certificación sindicato SINTRACOAL.
- A folio 3, 34, demanda ordinaria laboral.
- A folio 24, 68, sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.
- A folio 92, convención colectiva de trabajo 2013-2015.
- A folio 102, certificación.
- A folio 130, comunicación de asambleas informativas en la demandada por SINTRACOAL.
- A folio 132, comunicación de fecha 21 de julio de 2014.
- A folio 135, 151, 154 a 159, acta de constatación de cese de actividades.
- A folio 139 a 49, comunicados.
- A folio 160, denuncia.
- A folio 168, solicitud de autorización de suspensión temporal parcial de operaciones.
- A folio 304, sentencia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 27 de enero de 2016.

- A folio 349 a 393, actuaciones proceso especial de calificación de la suspensión o paro colectivo.
- A folio 394, liquidación final del contrato.
- A folio 395, examen médico de retiro.
- A folio 397, entrega pagos seguridad social.
- A folio 398, certificación laboral.
- A folio 402, pagos aportes en seguridad social.
- A folio 423, comprobantes de nómina.
- A folio 469, contrato a término indefinido.
- A folio 474, otro sí al contrato de trabajo.
- A folio 475, formularios de afiliación al sistema general de seguridad social.

Carpeta 16

- Videos proceso cese de actividades.
- Interrogatorios.
- Testimonios.

Caso concreto:

En el presente asunto no existió discusión alguna frente a que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 13 de febrero de 2009 con inicio de labores el día 16 de febrero del mismo año en el que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de “MINERO OFICIOS VARIOS” devengando como remuneración la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (fl.469 archivo 15).

También está por fuera de debate que dicha relación laboral finalizó el 3 de marzo de 2016 conforme da cuenta la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo que reposa a folio 61 del archivo 03 del expediente digital.

La inconformidad del apelante radica en que en este asunto si se interrumpió el fenómeno de la prescripción con el reclamo presentado por el actor y otros trabajadores a la empresa demandada en febrero del año 2019.

Frente al tema, ha de tenerse en cuenta que los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo prevén que el simple reclamo escrito del trabajador dirigido al empleador y recibido por este, sobre un derecho exigible, interrumpe la prescripción por una sola vez,

y se empezará a contar un nuevo término igual al inicial de tres (3) años, desde el momento del reclamo.

En relación con el asunto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4554 de 2020 señaló lo siguiente:

“Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese «reclamo escrito» lo que el legislador pretendió fue que el empleador ante el eventual inicio de un proceso judicial hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese «simple reclamo por escrito» puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento...”

Y más adelante, al rememorar la sentencia CSJ SL12900-2014 indicó que:

“la Corporación reiteró que si bien lo pretendido en ese «simple reclamo» debe estar individualizado, es decir, que lo solicitado debe ser claro y determinable, ello no significa que el escrito deba contener exigencias formales o un lenguaje técnico o jurídico para salir avante.

En esa oportunidad, así lo explicó:

Debe esta Sala recordar que la interrupción de la prescripción tiene como finalidad impedir que el transcurso del tiempo conlleve a la liberación de la obligación emanada del contrato laboral o de la seguridad social. Naturalmente, quien aspira a que dicho fenómeno no se consolide, en los términos del artículo 489 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe realizar un «simple reclamo escrito... recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado», cuya consecuencia jurídica es la de que «interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».

Las connotaciones de «simple reclamo» y de derecho «debidamente determinado» son inequívocas de la informalidad en la petición, máxime cuando quien la dirige es el trabajador, por lo que la exigencia de un lenguaje o conocimiento jurídico en punto a su aspiración no se corresponde con el interés normativo.

Lo anterior no se contraponen a que se individualice lo reclamado; por ejemplo, indicar que se deben «todas la (sic) indemnizaciones a las que haya lugar» resulta abstracto y no le permite conocer al empleador la real pretensión del trabajador; sin embargo, ello no puede implicar la exigencia de un reclamo tan pormenorizado y técnico que consiga anular en la práctica la incidencia del escrito de interrupción.»

De ahí que no deban requerirse mayores formalidades al trabajador frente al “simple reclamo”, que es el documento que tiene la virtud de interrumpir el fenómeno de la prescripción.

En efecto, en este asunto el reclamo realizado por el señor José Germán Prieto a COLUMBIA COAL COMPANY S.A. es el obrante a folio 3 del archivo 03 del expediente digital en el que se indica:

“Doctora:

CLAUDIA ISABEL MARIN BAÑOS

Representante Legal

COLUMBIA COAL COMPANY S.A.

Respetada Doctora:

Por medio del presente nos dirigimos a usted con el fin de presentar nuestro reclamo, acerca de la forma como fuimos despedidos de manera unilateral el día 03 de MARZO del año 2016, donde ustedes como empresa dando aplicación al fallo SL 1728-2016 RADICACION N° 70384 acta 02 el día 27 de enero de 2016 proferido por la sala laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA magistrado ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Nos despidieron sin tener en cuenta nuestro derecho de defensa y contradicción, y donde ustedes nos tuvieron que haber individualizado a cada uno de nosotros en diligencia de descargos para medir nuestro grado de participación en el cese de actividades declarado ilegal, violando de esta manera el debido proceso que se debe realizar en este tipo de justas causas especiales; conforme a la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL.

Nosotros los firmantes del presente documento hacemos uso del ART 489 DEL C.S.T. y la Sentencia C-412/97; los cuales indican de manera clara, que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse

de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”

La anterior reclamación se refiere al hecho del despido, de tal manera que se puede interpretar que la inconformidad es respecto a la manera como fue despedido, sin permitirsele ejercer el derecho de contradicción y defensa.

Por tanto, más allá de que, como lo indicó la juez el demandante no hubiere reclamado específicamente el reintegro o alguna indemnización, en palabras de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral “ello no puedo implicar la exigencia de un reclamo tan pormenorizado y técnico que consiga anular en la práctica la incidencia del escrito de interrupción”, pues en este caso lo que si se evidencia es que el escrito permite conocer que la real pretensión fue la de discutir el hecho de su despido y el proceso seguido para este.

Definido que el documento ya citado se puede tener en cuenta como reclamación, se analizará si se puede colegir de las pruebas que este fue remitido por el trabajador demandante y conocido por el empleador tal y como lo exige el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo.

Frente a ello, se encuentra que en el hecho décimo cuarto de la demanda se indicó “Que mí representado junto a otros trabajadores enviaron una carta a la empresa COLUMBIA COAL COMPANY S.A, la cual fue recibida el día 28 de febrero de 2019, haciendo uso del art 489 del C.S.T. con el fin de interrumpir la prescripción.” (fl.5 archivo 04).

Al contestar esa situación fáctica COLUMBIA COAL manifestó “NO ES CIERTO como está redactado, el documento que aduce el apoderado en este hecho no cumple con los requisitos establecidos por el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, es así que, la prescripción de los presuntos derechos laborales reclamados por el demandante continuó operando hasta la fecha, en los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.”

Al interrogarse a la representante legal de la demandada no se le hizo ninguna pregunta frente a si la empresa había tenido conocimiento o no del escrito de reclamación, sin embargo, el demandante en el interrogatorio en el minuto 31:57 contestó que antes de presentar la demanda no había hecho ningún reclamo al empleador porque no sabía que le iban a cancelar el contrato, motivo por el que la juez le preguntó que si después de haber

terminado el contrato presentó alguna reclamación a la empresa, a lo que el señor José Germán Prieto contestó “no, nada” (minuto 32:15).

Ahora, el documento que pretende hacer valer el demandante como reclamación reposa a folio 3 del archivo 03 del expediente digital, este contiene un sello de fecha 25 de febrero de 2019 en el que se observa “COTEJADO TOP EXPRESS S.A.S. MENSAJERIA EXPRESA”, y a folio 2 reposa “CERTIFICACIÓN GUÍA N° 100018780” CORREO CERTIFICADO, en el que TOP EXPRESS certifica que el 28 de febrero de 2019 se remitió el documento ya citado a Claudia Isabel Marín Baños Representante Legal de Columbia Coal Company S.A. a la dirección “carrera 7 N° 74-36- Piso 2 de Bogotá”, y se indica que ese correo se entregó en tal dirección, lo recibieron con sello de la empresa a notificar, donde manifiesta que si funciona en esta dirección y entregarán a quien corresponda.

No obstante lo anterior, el sello de la empresa no se encuentra impreso en los documentos ya mencionados, pues se reitera el que se evidencia es el de la empresa de correo sobre cotejo de documentos, la dirección a la que se certifica fue entregado el escrito de reclamación no pertenece a la dirección señalada en el certificado de existencia y representación legal de la empresa demandada, por cuanto al revisar el certificado de existencia y representación de COLUMBIA COAL COMPANY S.A. (fl.41 archivo 11), se observa que la dirección del domicilio principal y la de notificación judicial corresponde a “carrera 7 # 74B-36 Piso 2 Bogotá”, una diferente a la que se envió el escrito tantas veces citado.

Aunado a lo anterior, el documento que se indica por la compañía de mensajería como el entregado solo indica como remitente a Serafin Balaguera S, sin que se mencione a los demás integrantes de la hoja de las firmas, y sin que en el documento dirigido a la representante legal se indicara dirección del domicilio para su entrega.

De tal manera que ante la confesión del demandante de que no realizó reclamación alguna, aunado a que no se acredita el recibo por la parte demandada de alguna reclamación presentada por el demandante ni tampoco una respuesta al escrito señalado como reclamación, no se puede colegir la interrupción de la prescripción con el documento que obra en el archivo 03 del expediente digital.

Por lo anterior, y al haber finalizado el contrato de trabajo el 3 de marzo de 2016 y haberse interpuesto la demanda judicial el 10 de diciembre de 2021 (archivo 06), transcurrieron más de tres años entre uno y otro hecho se

concluye que operó el fenómeno de la prescripción y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia al no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FERNANDO DE LOS ÁNGELES NIÑO NIÑO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2022 00270 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, y ,como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos e intereses y bonos pensionales que actualmente tiene a favor del demandante, sin realizar ningún tipo de descuento por concepto de administración, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 26 de abril de 1961, comenzó a cotizar al ISS hoy COLPENSIONES en el año de 1987, el 2 de julio de 1991 se afilió a COLPATRIA, sin embargo, no se le explicó de manera clara y precisa los riesgos y beneficios que tenía el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se realizó el traslado sin explicarle que al cambiarse de Régimen pensional perdería los beneficios y formas de liquidar la pensión que tenía el extinto ISS

hoy COLPENSIONES, sin indicarle en detalle la forma como el Régimen de Ahorro Individual liquida las pensiones y las modalidades de pensión que allí se ofrecen, y con la engañosa intención de hacerle creer que en el Fondo de Pensiones privado se podía obtener una pensión de vejez con muchas más ventajas y a temprana edad, una mesada pensional más alta a comparación de la que obtendría en el Régimen de Prima Media.

El 25 de junio de 2002, se trasladó a COLFONDOS.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Presentó las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (archivo 05).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la parte actora se trasladó el 2 de julio de 1997 una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la excepción genérica (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante solicitó nulidad de traslado de régimen pensional y mesada pensional a COLPENSIONES encontrándose afiliado al RAIS, tiempo para el cual estaba inmerso en la

prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente, lo que imposibilita a COLPENSIONES reactivar la afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por el demandante.

Presentó excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, y la innominada o genérica (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno por deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a los fondos privados.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como en este asunto PORVENIR no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó que el demandante guardó silencio por más de veinte años respecto de la información otorgada en su momento por el fondo privado incumpliendo con los deberes que él tenía como afiliado, tal y como lo dijo en el interrogatorio por él absuelto; firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; no se pudo acreditar la falta de asesoría alegada por el demandante.

Agregó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición.

PORVENIR S.A. señaló que trasladó en su momento todos los aportes que poseía en la cuenta de ahorro individual del demandante sin que se encuentre pendiente traslado de dinero alguno, menos aún los gastos de administración debidamente indexados pues por ello se generaron los rendimientos financieros y sus aportes no se vieron afectados por la inflación.

COLFONDOS S.A. expuso que siempre se cumplió con el deber de información para que el demandante determinara si le convenía o no cambiarse de régimen pensional.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

Manifestó que no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Manifestó que esa norma claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita: b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta, y advierte esa disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

Expuso que teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en caso afirmativo,

si procede la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 25 cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 26 de abril de 1961.
- A folio 26, reporte SIAFP.
- A folio 27, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 31, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 33, historia laboral del demandante en COLFONDOS.

Archivo 05

- A folio 26, comunicado de prensa.

Archivo 06

- A folio 74, certificación de traslado de aportes a COLFONDOS.
- A folio 75, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 76, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 07

- A folio 77, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en

alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello

no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y

Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(…) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los

regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a

COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, en proporción al tiempo que el afiliado hubiere permanecido en cada Fondo, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló el juez a quo en su decisión.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDUARDO ÁLVAREZ RINCÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2022 00497 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLFONDOS y de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones señaló que nació el 12 de junio de 1959, realizó cotizaciones para pensión al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 01 de mayo de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1998, se trasladó a COLFONDOS el 21 de diciembre de 1998, sin embargo, el asesor no le informó de manera clara y por escrito del derecho a retractarse de que trata el artículo 3 del decreto 1161 de 1994, no le suministró una asesoría profesional, completa, clara, suficiente y oportuna, que le permitiera comprender las características, condiciones, variables y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y establecer un comparativo con las condiciones

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al cual se encontraba afiliado.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación del demandante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Presentó excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (archivo 07)

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la parte demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, afirmación a la que se arriba por cuanto de los elementos materiales de prueba que se pretenden hacer valer en juicio, no se observa alguno que permita acreditar la configuración de algún elemento del presunto error (falta al deber de información) por parte de la AFP.

Presentó excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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, y la innominada o genérica (archivo 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor

al régimen de ahorro individual; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde la afiliación a ese fondo y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas.

Consideró la juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como en este asunto COLFONDOS no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES señaló que el traslado realizado por el demandante fue libre y voluntario, sin presiones indebidas. Solicitó se confirmara la decisión de ordenar la devolución de los gastos de administración y demás sumas señaladas por la juez a quo debidamente indexados, pero manifestó que COLPENSIONES debía ser absuelta por concepto de costas.

COLFONDOS argumentó que no procede la condena por concepto de gastos de administración, pues la cuenta de ahorro individual del demandante fue debidamente administrada y, por ello, se generaron rendimientos financieros. No procede la condena por indexación.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones de conclusión.

Señaló que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A. como se alega en la demanda, además, para el

momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de gastos de administración y demás conceptos debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 93, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació 12 de junio de 1958.
- A folio 94, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 109, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 111, pre cálculo pensión modalidad de retiro programado.
- A folio 112, historia laboral en COLFONDOS.

Archivo 07

- A folio 21, reporte SIAFP.
- A folio 30, comunicado de prensa.

Archivo 10

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera

que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en

este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por COLFONDOS S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), motivo por el que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló la juez a quo en su decisión, y no existe ningún concepto que deba restituir el demandante a COLFONDOS como lo pretende el apoderado en la apelación, o por lo menos tal aspecto no se acreditó.

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que COLPENSIONES fue condenada a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida y la juez

de instancia las halló acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: IRMA FONTECHA ARIZA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, JORGE LUIS FONTECHA Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER – FONDO DE PENSIONES TERRITORIAL DE SANTANDER

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00123 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la DEMANDANTE y el apoderado de JORGE LUIS FONTECHA HURTADO contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2023 por el Juzgado Veintitres (23) Laboral del Circuito de Bogotá, además, se estudiará la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho a disfrutar la sustitución pensional del señor ANTONIO FONTECHA y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión junto con las mesadas adicionales y el retroactivo a que tiene derecho. Se ordene el pago de intereses moratorios, la indexación de las sumas, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el señor ANTONIO FONTECHA FONTECHA en vida trabajó para la Empresa de Obras

Sanitarias de Santander S.A. -EMPOSAN S.A.- en el cargo de plomero I categoría I; que mediante Resolución 276 del 5 de abril de 1982 EMPOSAN le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$7.410 a partir del 1 de abril de 1982; que el señor Antonio falleció el 19 de mayo de 2020; que contrajo matrimonio con el causante el 7 de septiembre de 1981; que al momento de reclamar la pensión COLPENSIONES indicó que las EMPOS están a cargo de reconocer el respectivo derecho pensional y COLPENSIONES se encarga de fungir como pagador de las obligaciones pensionales; que una vez realizada la petición ante el Fondo de Pensiones Territoriales de Santander este indicó que el competente era COLPENSIONES; el 28 de diciembre de 2021, al momento de radicar los documentos y formatos, la asesora indicó que no podía continuar con el trámite porque no figura registro a nombre del causante y reiteró que Colpensiones funge como mero pagador y quien debe reconocer el derecho es EMPOSAN (archivo 01).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que el causante fue pensionado mediante resolución No. 276 de 1982 por la EMPRESA OBRAS SANITARIAS DE SANTANDER S.A, además, el causante nunca efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones, luego no tuvo semanas por los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS hoy Colpensiones.

Señaló que la EMPRESA OBRAS SANITARIAS DE SANTANDER S.A es la encargada de reconocer el respectivo derecho pensional, inclusive las sustituciones pensionales, y el papel de Colpensiones será el de fungir como pagador de las obligaciones pensionales adquiridas por el empleador con sus trabajadores. Por lo anterior, COLPENSIONES no es la competente para entrar a estudiar la viabilidad o no de reconocer la prestación solicitada por la demandante, por lo tanto, si la actora logra comprobar los requisitos exigidos en la ley y hay lugar al reconocimiento de la prestación, será la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SANTANDER S.A, o en su defecto, el responsable DEPARTAMENTO DE SANTANDER, la encargada de expedir el acto administrativo y Colpensiones procederá con la inclusión en nómina, ya que como se mencionó anteriormente, Colpensiones funge únicamente como pagadora de las obligaciones pensionales.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de causa para demandar, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, compensación y la innominada o genérica (archivo 5).

DEPARTAMENTO DE SANTANDER - FONDO DE PENSIONES TERRITORIAL DE SANTANDER allegó contestación por medio de la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que es COLPENSIONES la entidad que debe tramitar el reconocimiento o no de la sustitución pensional deprecada al ser la administradora que tiene a cargo tal prestación, y si a ello hubiere lugar, el pago de la misma junto con la respectiva indexación y demás emolumentos que se generen en este proceso.

Presentó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (archivo 06).

JORGE LUIS FONTECHA HURTADO allegó contestación por medio de la cual se opuso a las pretensiones.

Presentó las excepciones de fondo que denominó acaecimiento de la figura de Subrogación Pensional por parte de COLPENSIONES S.A. frente al pasivo pensional de la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SANTANDER S.A. (liquidada); existencia de mejor derecho en favor de hijo en condición de discapacidad mental del causante, por tratarse de sujeto de especial protección constitucional; falta de legitimación en la causa por activa de la actora, por insuficiencia en la acreditación de la calidad de cónyuge supérstite para sustituir pensionalmente al causante y la innominada o genérica (archivo 24).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de julio de 2023, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar una sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de Antonio Fontecha Fontecha, en cuantía equivalente al SMLMV a partir del 19/05/2020, en favor de IRMA FONTECHA ARIZA y JORGE LUÍS FONTECHA HURTADO; a razón de 14 mesadas anuales y en proporción al 50% de la mesada pensional para cada uno de los beneficiarios. Ordenó el pago del retroactivo, autorizó realizar los descuentos dirigidos al Sistema de Seguridad Social en Salud, absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

Como fundamento de su decisión, indicó que con el Registro civil de defunción se acreditó que ANTONIO FONTECHA FONTECHA falleció el 19 de abril del año 2020, razón por la cual, para dirimir la controversia, se da aplicación al artículo 46 y 47 ley 793 modificado por el artículo 12 y 13 de

la Ley 797 en 2003; que dicha normativa establece que para ostentar la calidad de beneficiario de la prestación se consagraron unos órdenes precisos y excluyentes, la cónyuge y la compañera permanente del causante y los hijos de aquel en las condiciones allí descritas concurren en el primer orden, así mismo, para el cónyuge beneficiario pensionado, el requisito de convivencia se debe establecer por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia donde se indica que el tiempo de convivencia puede ser demostrado en cualquier momento sentencia (SL 1473 2023).

Adujo que de todos los medios probatorios, se puede concluir que el causante contrajo matrimonio con IRMA FONTECHA HURTADO el 07 de septiembre de 1981 y permanecieron en convivencia, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el año 2009, por lo que teniendo en cuenta que la demandante ostenta la calidad de cónyuge, nunca hubo divorcio, ni cesación de efectos civiles del matrimonio católico y se estableció que convivir con un lapso superior a 5 años, esto es, hasta el 2009, de acuerdo a la línea jurisprudencial señalada por la Corte Suprema de Justicia es procedente tener como beneficiaria de la sustitución pensional.

En cuanto a la concurrencia del derecho de JORGE LUIS FONTECHA, indicó que se allegó registro civil de nacimiento del cual se puede establecer que nació el 15 de septiembre de 1985, que es hijo del causante; también se aportó el dictamen pericial número 3980047 del 27 de julio de 2020 donde se acredita que ostenta una pérdida de capacidad laboral del 81,25% estructurada en su nacimiento, el 25 de septiembre de 1985. En cuanto al requisito de dependencia económica indicó que los testimonios de Luz Ángela Fontecha Hurtado y Angela Marcela León Fontecha coinciden en señalar que si bien Jorge Luis Fontecha es propietario de un lote en Vélez Santander, este lo heredó de su madre, asimismo, debido a su discapacidad mental no ejerce labores productivas que les signifiquen una retribución económica, afirmaron que ANTONIO FONTECHA FONTECHA Q.E.P.D. fue el que siempre estuvo al tanto de los gastos de su hijo sobre su alimentación, servicios públicos, era el que lo tenía afiliado a la seguridad social y quien le compraba los medicamentos necesarios para su sostenimiento, lo cual se corrobora con el informe técnico de investigación de dependencia económica elaborado por COSINTE para COLPENSIONES el 7 al 11 de abril de 2022.

Así las cosas, concluyó que el señor JORGE LUIS FONTECHA HURTADO en su condición de hijo con discapacidad que dependía económicamente de su padre hasta el momento del fallecimiento, cumple los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional en discusión.

En cuanto a la titularidad del COLPENSIONES para el reconocimiento, adujo que basta con leer el artículo 149 de la ley 793 de 2003 y el artículo 3 del Decreto 2011 del 2012, por lo que le corresponde a COLPENSIONES pagar la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor ANTONIO FONSECA FONTECHA Q.E.P.D.

Respecto de la cuantía, precisó que la Resolución 276 del 82 expedida EMPOSAN estableció que la pensión mensual vitalicia de jubilación fue reconocida al causante en cuantía de \$7.410 pesos a partir del 1° de abril de 1982, por lo que al actualizar dicha suma al año 2020 arroja un valor de \$674.700, suma que resulta inferior al salario mínimo y en ese sentido se tomará el salario mínimo con 14 mesadas pensionales anuales.

Frente a la excepción de prescripción sobre las mesadas, indicó que el señor Jorge Luis Fontecha Hurtado se encuentra en condición de discapacidad absoluta y padece una enfermedad mental diagnosticada como retraso mental que le impide discernir adecuadamente y tomar decisiones inmediatas sobre situaciones personales o patrimoniales, por lo que respecto de él, pues claramente no operaría el fenómeno en la prescripción de acuerdo a la sentencia SL 1613 del 2020 y en cuanto a Irma Fontecha Ariza, adujo que la pensión se causó al momento del fallecimiento, el 19 de mayo de 2020 y la demanda se presentó el 17 de marzo de 2022 por lo que no transcurrió el trienio contemplado en la norma, por lo que hay lugar a ordenar el pago por concepto de mesadas pensionales retroactivas causadas a partir del 19 de mayo de 2020.

Frente a los intereses moratorios, señaló que teniendo en cuenta que la demandante se había separado del causante y el requisito de la convivencia para poder acceder a la prestación económica únicamente se pudo establecer en el presente trámite, después de surtido el debate probatorio, consideró que no son procedente los intereses moratorios, teniendo en cuenta que se da con ocasión a un viraje jurisprudencial a favor de las cónyuges con vínculo matrimonial vigente que les permite acceder al derecho demostrando la convivencia en cualquier tiempo y por ello fue que se accedió el derecho a la señora demandante.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación respecto de la decisión de no condenar al pago de intereses moratorios, por cuanto aduce que en varias oportunidades administrativas se solicitó a

COLPENSIONES la actualización de la información y, en última, COLPENSIONES lo que hizo fue trasladarle su responsabilidad al fondo de pensiones de Santander, es decir, desligándose de la obligación de estudiar la prestación de la demandante.

El apoderado del señor **JORGE LUIS FONTECHA HURTADO** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que existió una indebida valoración de las pruebas e indebida valoración de las normas de aplicación de las normas legales al caso en concreto, puesto que aduce que difiere de la calidad de beneficiaria otorgada a la señora Irma Fontecha Ariza porque esta no acreditó su calidad de cónyuge dependiente del causante a la fecha del fallecimiento, ni convivencia con el causante dentro de los 5 años inmediatamente anterior a la muerte del señor causante, por lo que solicitó revocar el numeral de la parte resolutive que define como beneficiaria a la señora Irma Fontecha con todas sus prerrogativas y que le sean concedidas en su totalidad al señor Jorge.

ALEGACIONES

El apoderado de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual manifestó que la actora tiene derecho a que COLPENSIONES reconozca y pague los intereses moratorios, toda vez que la entidad demandada se abstuvo de al menos estudiar los documentos aportados y más grave aún ni se tomó su obligación legal de estudiar si ella cumple los requisitos legales para acceder a la prestación.

El apoderado de **JORGE LUIS FONTECHA HURTADO** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual manifestó que la determinación adoptada en el numeral primero de dividir la pensión entre la demandante y el señor Jorge, resulta excesivamente injusta en perjuicio de los derechos de Jorge Luis Fontecha Hurtado, pues siendo hijo en condición de discapacidad del causante, dependía en su totalidad de la mesada pensional recibida por su padre hasta su deceso, sufriendo demasiadas dificultades personales desde que su padre falleció. Contrario a lo que en este proceso logró probar la señora Irma Fontecha Ariza, quien después de muchos años de separación con el causante, de haber vivido de ciudades diferentes por más de 20 años y no haberse comunicado en muchos años, en especial no haber compartido por estas dos décadas ni techo, ni lecho, ni mesa, ni existir ayuda mutua entre estos en los mismísimos términos del artículo 113 del Código Civil, la señora en comento apareció solo después del fallecimiento del causante, únicamente a exigir a la entidad administradora de pensiones que se le sustituyera la totalidad de la pensión sin siquiera

tener en cuenta los derechos de Jorge Luis Fontecha Hurtado, sobre quien únicamente ha mostrado su rechazo pese a haber sido cónyuge de su padre, al punto de sacarlo de la casa de habitación que compartir Jorge Luis con su padre en la ciudad de Vélez-Santander.

En ese entendido, indicó que existió una indebida valoración de las pruebas y una indebida aplicación de la norma legal y el precepto jurisprudencial en concreto.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante y el señor Jorge Luis Fontecha Hurtado tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Antonio Fontecha, y, en caso afirmativo, se deberá analizar cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la prestación y si proceden los intereses moratorios.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 06, registro civil de matrimonio de la pareja.
- A folio 08, registro civil de defunción que da cuenta que el pensionado falleció el 19 de mayo de 2020.
- A folio 10, declaración extrajuicio de Mary Isabel Jaime.
- A folio 12, declaración extraproceso de Abelardo Sánchez.
- A folio 18, formato de solicitud de prestaciones económicas.
- A folio 36, Resolución 276 del 5 de abril de 1982.
- A folio 44, respuesta de COLPENSIONES proferida el 02 de agosto de 2021.
- A folio 46, respuesta proferida por el Fondo de Pensiones Territorial de Santander.

Archivo 5

- A folio 49 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 24

- A folio 35 y siguientes, historia clínica del señor Jorge.
- A folio 43, certificado de discapacidad.
- A folio 51, registro civil de nacimiento del señor Jorge Fontecha.

- Interrogatorio de parte rendido por la demandante
- Testimonios de Abelardo Sánchez Martínez, Miriam Lucía Suárez Díaz, Luz Ángela Fontecha Hurtado y Ángela Marcela León.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el 19 de mayo de 2020 (archivo 01, folio 08) la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que la Empresa De Obras Sanitarias de Santander -EMPOSAN-, mediante Resolución No. 276 de 1982 (archivo 5, folio 130) reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Antonio Fontecha Fontecha (q.e.p.d.) a partir del 1 de abril de 1982 en cuantía de \$7.410, tampoco se debate que el pensionado contrajo nupcias con la señora demandante el día 07 de septiembre de 1981 (archivo 1, folio 28), ni que el señor Jorge Luis Fontecha es hijo del causante (folio 51, archivo 24) y que este último tiene pérdida de capacidad laboral del 81.25% con fecha de estructuración el 15 de septiembre de 1985 por el diagnóstico retraso mental moderado: deterioro del comportamiento (folio 73, archivo 05).

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020), no obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente a la cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a ésta le corresponde demostrar que hizo vida en común con el causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia 48729 del 12 de agosto de 2014).

Adicionalmente, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, a *“c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían*

económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez”.

Del reconocimiento pensional pretendida por la demandante

En primer lugar, conviene recordar lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, en punto de la convivencia singular del causante con el cónyuge: *En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto”*

Más adelante dijo *“(iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente. (Radicación 45779 del 25 de abril 2018, -SL1399-2018).*

En ese orden de ideas, la Sala revisará el material probatorio con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado.

El registro civil de matrimonio que reposa en el expediente informa que la demandante contrajo nupcias con el causante el 07 de septiembre de 1981 (archivo 1, folio 28), sin que se haya efectuado liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales.

Ahora, si bien la demandante allegó las declaraciones extraproceso de Mary Isabel Jaime y Abelardo Sánchez, quienes indicaron que la demandante compartió techo, lecho y mesa de manera continua e ininterrumpida con el causante desde el 7 de septiembre de 1981 hasta el momento de su fallecimiento, tales afirmaciones perdieron credibilidad con lo afirmado por la propia demandante en el interrogatorio de parte, pues ella manifestó que el señor Antonio se mudó a Bucaramanga 6 años antes de su fallecimiento, tal como pasa a explicarse más adelante.

De otro lado, en el desarrollo del proceso se practicaron las siguientes pruebas:

El *Interrogatorio de parte de la demandante* donde, en resumen, indicó que el señor Antonio era su esposo, que se casaron el 19 de septiembre de 1980,

que ella cree que él falleció de un paro cardíaco, él ya estaba muy enfermo, que para el momento de su muerte él estaba en Bucaramanga en ese momento porque tocó llevarlo a Bucaramanga por lo del corazón, él estaba enfermo del corazón y tocó llevarlo para Bucaramanga porque el clima de Bogotá no le servía, que para ese momento él ya llevaba 6 años en Bucaramanga y la demandada vivía en Bogotá, a la pregunta de ¿Por qué lo dejó solo? Respondió que él estaba allá con una hija y la demandante estaba con sus hijos que estaban en Bogotá y no lo fue a acompañar a Bucaramanga porque la casa no se podía dejar sola. Indicó que no se separó del causante, que tuvieron tres hijos, que no fue al sepelio porque no se podía viajar por la pandemia, que la hija con la que él vivía en Bucaramanga era del causante, pero no de la demandante, que aparte de los hijos que tenía con la activa él tenía como cinco hijos más y que ella iba a Bucaramanga 2 o 3 veces al año.

El testigo *Abelardo Sánchez Martín* relató que conoce a la demandante hace más de 20 años, que se conocen porque ella trabajaba en un negocio en el Restrepo, que ese negocio era de la hermana y el testigo era comprador habitual, que conoció a don Antonio y a sus hijos porque la señora Irma lo invitó alguna vez a su casa, que él frecuentaba a la pareja de forma habitual porque empezaron a tener una amistad, que no se acuerda el nombre del barrio donde ellos vivían, que ellos los vio juntos hasta el último momento antes del fallecimiento.

La señora *Miriam Lucía Suarez Díaz* señaló que conoce a la demandante de toda la vida, que se conocieron en Vélez – Santander, que la testigo actualmente vive en Yopal Casanare, que antes vivía en Vélez – Santander y nunca ha vivido en Bogotá, que mientras estuvo casada si estuvo en Bogotá en 1997 hasta el 2000, que conoció al señor Fontecha, que Irma y el señor Antonio vivieron en Vélez y después se trasladaron a Bogotá, pero no recuerda en qué fecha, que después que la testigo se fue de Bogotá no se visitaban tan seguido, que no recuerda cuando fue la última vez que fue a la casa de ellos, que don Antonio se enfermó y lo trasladaron a Bucaramanga y que ella sabe eso porque habló con Irma y le contó.

La señora *Luz Angela Fontecha Hurtado* dijo que conoce a la demandante porque tiene entendido que era casada con su padre Antonio Fontecha, que sabe que ellos vivían en Vélez, la fecha exacta del matrimonio no sabe, después se fueron a vivir a Bogotá y en el 2002 el señor regresó a Vélez. Él decía que se había separado de Irma porque ella tenía otra relación y él se instaló a vivir en Vélez inicialmente en una casa que él tenía con Irma de la unión de ellos, posteriormente, Irma arrendó la casa y él se fue a vivir con

Jorge en un lote que Jorge tenía en Vélez de una herencia de la mamá y después se fue otra vez a la casa con Jorge, e Irma no permitió que Jorge viviera en la casa así que le tocó irse al lote. Indicó que en el año 2011 el señor Antonio se enfermó y la testigo se lo llevó a Bucaramanga y de ahí en adelante vivió en Bucaramanga con la testigo, que Jorge, el hijo del causante, por su condición no se dedica a nada, el causante era el que le daba plata y ella, durante el tiempo que vivió con su papá, todos los meses le mandaba la plata de la pensión de su papá para la comida y el tiempo que ellos vivieron juntos era el causante el que se hacía cargo de todo. En los 10 años que el causante vivió con la testigo, la señora Irma fue 3 veces de visita porque iba a visitar a un hermano de ella que vivía en el mismo conjunto, que la señora Irma no asistió al sepelio, estaban en pandemia y solo se permitía el ingreso de cuatro personas, que la señora Irma no dependía del señor Antonio. Relató que la relación de Jorge con Irma no era buena, al punto que cuando Irma se enteró que Jorge vivía en la casa de ella con Antonio le sacaron las cosas a la calle y le pegaron, que luego de la muerte del señor Antonio la manutención del señor Jorge ha sido difícil porque le ha tocado a la testigo asumir los gastos. Después que el señor Antonio murió a Jorge le quitaron el seguro de salud y al morir el causante tiene el seguro de la alcaldía el SISBEN, que la persona que sirve de apoyo judicial al señor Jorge es la hija de la testigo.

Finalmente, la señora *Angela Marcela León* relató que ella es el apoyo del señor Jorge, que la escritura de apoyo al señor Jorge está desde el 23 de marzo de 2023, que conoce a la señora Irma porque ella fue la pareja de su abuelo durante un tiempo, que el señor Antonio no convivió con Irma a partir del 2009, que el causante inicialmente vivió en la casa que tenía en Vélez y ahí vivió con Jorge, pero Irma arrendó la casa y Jorge tiene un lote que le dejó la herencia de la mamá y ahí convivieron Jorge y Antonio por un poco tiempo. Luego Antonio arrendó una habitación cerca a ese lote donde vivía Jorge y después ya la casa no estaba en arriendo y se fueron a la casa hasta el 2011 cuando Antonio se enfermó mucho y se fue a la casa de la testigo y luego decidieron que Jorge fuera allá a hacerles compañía. Jorge nunca ha trabajado, no tenía ingreso, todo lo asumía el causante y a ella le consta porque ella fue muy cercana y siempre estaba con ellos.

Así las cosas y de lo relacionado en precedencia la Sala anticipa que la decisión de primera instancia deberá ser confirmada por las razones que pasan a exponerse:

- i) La demandante acreditó la calidad de cónyuge supérstite del señor Antonio Fontecha Fontecha al igual que la convivencia real y

efectiva, por los cinco años que alude la norma aplicable al caso, cumplidos en cualquier época, como quiera que el vínculo matrimonial de la pareja inició el 07 de septiembre de 1981 y no estaba extinguido para el momento de la muerte del pensionado, la que aconteció el 19 de mayo de 2020.

- ii) Se demostró con las declaraciones de los testigos traídos al juicio y con el propio dicho de la demandante, que si bien la convivencia no se mantuvo hasta la muerte del afiliado, lo cierto es que sí se pudo establecer que por lo menos desde la fecha del matrimonio hasta el año 2009 la pareja convivió junta.

En ese orden de ideas y dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión adoptada por el A-Quo, respecto del derecho que le asiste a la demandante a que se le reconozca la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Antonio Fontecha.

Del reconocimiento pensional pretendido por el señor Jorge Fontecha

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el literal c) los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez y remitió al artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para determinar cuándo hay invalidez.

Así las cosas, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece (...) *Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral. (...)*

En ese contexto, pertinente es indicar que en el caso que se analiza no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, por más, relevantes para la solución de esta controversia, a saber: i) la calidad de hijo del demandante con relación al causante, ii) la calificación de pérdida de capacidad laboral del 81.25% con fecha de estructuración el 15 de septiembre de 1985 por el diagnóstico retraso mental moderado: deterioro del comportamiento (folio 73, archivo 05).

Así las cosas, para desatar el problema en cuestión se trae a colación lo indicado en sentencia SL1704 de 2021:

1. Los requisitos de la condición de hijo inválido como beneficiario de la pensión de sobrevivientes

Pues bien, al respecto, la Corporación ha señalado que el hijo mayor de edad inválido requiere acreditar prueba del parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor.

En lo atinente al parentesco, se requiere medio idóneo que demuestre el lazo consanguíneo o civil, o la prueba libre para los hijos de crianza (CSJ SL1939-2020).

Ahora, para determinar la invalidez del descendiente se debe acudir al artículo 38 de la Ley 100 de 1993...

En relación con el requisito de la dependencia económica, este se analizará en el punto siguiente.

...

En esa perspectiva, la Sala reitera que los únicos requisitos necesarios para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte del ascendiente en el caso de los hijos mayores de edad afectados de invalidez como es el caso de la accionante, son: el parentesco, el estado de invalidez y la dependencia económica respecto del progenitor. Por tanto, no se pueden imponer condiciones diferentes a las referidas que signifiquen obstáculos para la eficacia del derecho a la seguridad social.

2. Criterios jurisprudenciales para la acreditación de la dependencia económica en la pensión de sobrevivientes

La Corte ha explicado que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Corporación expresó:

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:

a) La dependencia económica debe ser:

- o Cierta y no presunta:*

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- *Regular y periódica*

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

- *Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

....

En primer lugar, porque según los lineamientos trazados por la jurisprudencia la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014). Y en todo caso, debe reiterarse que es un hecho indiscutido en el proceso que la hija de la demandante no tenía ingresos para el momento del fallecimiento del causante.

Así las cosas, al quedar acreditado la calidad de hijo del causante y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el 15 de septiembre de 1985, procede a analizarse la dependencia económica del señor Jorge, respecto de la cual se advierte que la misma quedó acreditada con el dicho de la señora Luz Angela Fontecha Hurtado y de la señora Angela Marcela León. Además, en el informe técnico de investigación realizado por COSINTE y visible a folio 450 del archivo 5 se concluyó:

“De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Jorge Luis Fontecha Hurtado, dependía económicamente de manera total de su padre Antonio

Fontecha Fontecha, teniendo en cuenta que el solicitante padece una discapacidad retraso mental moderado su calificación de pérdida laboral es 81.25%. Razón por la cual el causante se encargada de solventar la manutención del solicitante, situación que se dio hasta el 19 de mayo del año 2020 fecha de su fallecimiento.”

Así las cosas y teniendo en cuenta que quedaron acreditados los requisitos para reconocer la pensión del señor Jorge como hijo invalido del causante, también hay lugar a confirmar la decisión del juez de instancia en este punto.

De la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión

Como se dijo previamente, en el presente caso se encuentra acreditado que la Empresa de Obras Sanitarias de Santander -EMPOSAN-, mediante Resolución No. 276 de 1982 (archivo 5, folio 130) reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Antonio Fontecha Fontecha (q.e.p.d.) a partir del 1 de abril de 1982 en cuantía de \$7.410.

Ahora bien, al contestar la demanda COLPENSIONES manifestó que únicamente fungía como pagadora de estas pensiones, pero no era la encargada de su reconocimiento y en ese sentido, si la actora lograba comprobar los requisitos exigidos en la ley y había lugar al reconocimiento de la prestación, sería la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SANTANDER S.A, o en su defecto el responsable DEPARTAMENTO DE SANTANDER, los encargados de expedir el acto administrativo, y a COLPENSIONES le correspondería la inclusión en nómina. Por su parte, el Departamento de Santander indicó que era COLPENSIONES la encargada del reconocimiento y pago de la prestación.

El Juez de instancia concluyó que bastaba con leer el artículo 149 de la Ley 793 de 2003 y el artículo 3 del Decreto 2011 del 2012, para establecer que le corresponde a COLPENSIONES pagar la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor ANTONIO FONSECA FONTECHA Q.E.P.D.

En ese entendido, se advierte que como norma aplicable al caso se tiene el artículo 149 de la Ley 100 de 1993, junto a lo indicado en sentencias T-323 de 1998 y T-652 de 2009 y específicamente esta última que indicó:

“En casos como el que se estudia no cabe duda de que la interpretación más favorable del artículo 149 de la Ley 100 de 1993 es aquella que mantiene la separación entre las funciones de las Empos (reconocimiento del derecho) y el

ISS (pago), pues exige menos condiciones para la consolidación del derecho pensional.”

En pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Radicación 11001-03-06-000-2015-00124-00, dicha Corporación indicó:

*“El acto administrativo de creación del Fondo de Pensiones Territoriales de Santander, dispuso que se sustituiría a los establecimientos públicos del orden departamental que tuvieran a su cargo el pago directo de pensiones siempre y cuando **no tuvieran un régimen especial**. Los EMPOS por disposición del artículo 149 de la Ley 100 de 1993 tienen un régimen especial y por lo tanto, no se sustituyó la función de EMPOSAN en el mencionado fondo territorial.*

(...)

En esa medida la pensión de sobrevivientes, aunque no se rige por las mismas reglas de sucesión, sí implica la transmisión o sucesión de un derecho por causa de muerte, lo cual es más claro aun en el caso en el que el fallecido fuera pensionado pues se trataba de un derecho que ya hacía parte de su patrimonio.

(...)

Si bien el artículo 149 de la Ley 100 de 1993 se refiere expresamente solo al pago de las pensiones, no puede entenderse que la relación del ISS en este caso sea igual o equivalente a la que hay, por ejemplo, entre las entidades territoriales y los fondos territoriales, o entre CAJANAL (ahora UGPP) y el FONPET, de acuerdo con la ley 100, en donde los fondos (incluidos el FONPET) son unos simples pagadores por cuenta de las entidades territoriales o de la Nación, en una especie de relación de agencia o de mandato. En este caso el artículo 149 determinó que el ISS se haría cargo de dichas pensiones, con todo lo que eso implica, como la administración y el reconocimiento de situaciones posteriores que surgen, entre ellas la muerte del pensionado. Debe observarse que dicho reconocimiento si llegare a darse no afectará el presupuesto de la entidad ya que la Nación en virtud del artículo 149 de la Ley 100 de 1993, es quien debe apropiar las partidas para realizar dichos pagos.”

En pronunciamiento posterior de la misma Corporación con radicado 11001-03-06-000-201800-155-00, señaló en similares términos y resolvió que COLPENSIONES era el competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional, o pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, de conformidad con la norma y la jurisprudencia antes señalada, se tiene que si bien el artículo 149 de la Ley 100 de 1993 establece una separación de funciones en cuanto a que las EMPOS son las encargadas

del reconocimiento de los derechos pensionales y COLPENSIONES la encargada del pago, no puede pasarse por alto que dicha norma fue expedida cuando las EMPOS aun no estaban liquidadas y además, de acuerdo con el Consejo de Estado, en los casos de la “*pensión de sobrevivientes, aunque no se rige por las mismas reglas de la sucesión, sí implica la transmisión o sucesión de un derecho por causa de muerte, lo cual es más claro aún en el caso en el que el fallecido fuera pensionado (como es este caso), pues se trataba de un derecho que ya hacía parte de su patrimonio*” y en ese entendido, concluye dicha Corporación que el artículo 149 determinó que el ISS se haría cargo de las pensiones de los beneficiarios de las Empos, con todo lo que eso implica, como la administración y el reconocimiento de situaciones posteriores que surjan, entre ellas, la muerte del pensionado.

Así las cosas, concluye la Sala que el encargado del reconocimiento y pago de la pensión discutida en este caso es COLPENSIONES.

Del monto de la mesada pensional

Una vez establecido que es COLPENSIONES la entidad encargada de asumir el reconocimiento y pago de la pensión, procede la sala a pronunciarse sobre el monto de esta.

Teniendo en cuenta que tanto la señora Irma, en calidad de cónyuge del causante, como el señor Jorge, en calidad de hijo invalido del causante, acreditaron los requisitos legales y jurisprudenciales para ser acreedores de la sustitución de la pensión que percibía el señor Antonio, hay lugar a confirmar la decisión de instancia respecto de ordenar el pago del 50% de la mesada pensional a favor de cada uno y mientras subsista el derecho y, en ese entendido, no hay lugar a acoger las manifestaciones realizadas por el apoderado del señor Jorge Fontecha en su recurso de apelación, puesto que como se explicó previamente, si bien la demandante no acreditó haber convivido con el señor Fontecha hasta el momento de su muerte, sí quedó demostrado el requisito de por lo menos cinco años de convivencia en cualquier tiempo señalado por la jurisprudencia antes reseñada y, además, a pesar de que no vivían juntos desde aproximadamente el 2009, el vínculo matrimonial permaneció vigente pues nunca se divorciaron o liquidaron la sociedad conyugal.

Así las cosas, revisado el monto de la mesada, en efecto corresponde al salario mínimo legal y a cada uno de los beneficiarios le corresponde el 50% de dicha mesada desde la fecha del fallecimiento, esto es, desde el 19 de

mayo de 2020, puesto que la demanda fue radicada el 17 de marzo de 2022, es decir dentro de los tres años subsiguientes al fallecimiento del pensionado y, en consecuencia, no se vieron afectadas las mesadas por el fenómeno de la prescripción.

De los intereses moratorios

De otro lado, en relación con la apelación presentada por el apoderado de la demandante respecto de la negativa del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se indica que hay lugar a confirmar la decisión de instancia, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales, sin embargo, la alta Corporación ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas: **i)** El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; **ii)** y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (sentencia CSJ SL508-2020).

Así las cosas, se advierte que en el presente caso COLPENSIONES negó el estudio del reconocimiento de la pensión a favor de la demandante con apego al artículo 149 de la Ley 100 de 1993 donde únicamente se le reconoce como pagador de las pensiones de las EMPOS, sin embargo, por pronunciamientos jurisprudenciales se ha concluido que, en casos como este, también es competente para el reconocimiento y no solo el pago.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia proferida el 26 de julio de 2023 por el Juzgado Veintitres (23) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDGAR RODOLFO MONTENEGRO MUÑOZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2022 00198 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR y de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR y a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del demandante y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (archivo 01 y 04).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 21 de abril de 1957, cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 1 de octubre de 1981, se afilió a PORVENIR en el mes de diciembre de 1995, sin embargo, el asesor de dicho fondo no informó previo a la afiliación la naturaleza propia de este régimen de capitalización, y no le brindó al momento de la afiliación la información sobre las desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no se demuestra dentro del presente proceso con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación del Señor Edgar Rodolfo Montenegro Muñoz, tampoco se observa vulneración a la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional por parte de las administradoras en pensiones PORVENIR, no siendo factible la declaratoria de ineficacia de la vinculación.

Presentó excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones (archivo 09).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que a la parte actora se le informaron los requisitos y los diferentes aspectos que se tendrían en cuenta para adquirir pensión dentro del RAIS, los beneficios del régimen dentro de los que se encuentran la posibilidad de los herederos de disponer del capital en caso de que el afiliado muera y no haya accedido a su pensión, las posibilidades de pensión mínima y sus requisitos, los rendimientos y los diferentes escenarios de estos, la destinación y uso de los aportes, los descuentos mensuales para gastos de administración los cuales se verían reflejados en los rendimientos que sus aportes generaran, la protección y pago de la prima de un seguro de vida e incapacidad, todo lo anterior, de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Presentó excepciones de fondo que denominó buena fe, Ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, Aceptación tácita de las condiciones del RAIS, y Enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (archivo 10).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el acto de traslado fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que se puede observar del formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 2023 que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Propuso excepciones de fondo que denominó 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, 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 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a los fondos privados demandados.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como en este asunto PORVENIR no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó que no se acreditan los vicios en el consentimiento en el momento en que se llevó a cabo el traslado de régimen pensional, han transcurrido varios años en los que la demandante no se preocupó por informarse y, en su lugar, decidió permanecer en el régimen de ahorro individual.

No debe condenarse por concepto de costas pues COLPENSIONES no tuvo injerencia en el traslado de régimen, además, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

PORVENIR indicó en su recurso que no procede la devolución de los conceptos señalados por la juez a quo, el Fondo siempre estuvo presto a resolver las dudas que le surgieran a la demandante, los dineros no han perdido poder adquisitivo y por ello no debe condenarse por concepto de indexación.

No procede la condena en costas pues el fondo actuó como la primera AFP que aceptó al demandante, aunado al hecho que el demandante se encuentra en la prohibición legal para trasladarse.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de PROTECCIÓN presentaron alegaciones de conclusión.

El DEMANDANTE señaló que PORVENIR S.A. no informó las implicaciones de efectuar el citado traslado, las consecuencias tanto positivas como negativas del mismo, ni puso de presente las condiciones de pensionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las diferencias de dichas condiciones con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado para la fecha de la afiliación por el extinto Instituto de Seguros Sociales, incumpliendo de esta forma con el deber de información.

PORVENIR señaló que los gastos administrativos recaudados y ejecutados no correspondieron a un actuar caprichoso de PORVENIR, sino que, por el contrario, tienen su fundamento en la misma Ley que creó el sistema pensional como hoy se conoce. Por lo anterior, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación cuando es el legislador quien ha ordenado su debida recaudación y ejecución, puesto que este rubro corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados al RAIS para prestar aquellas garantías que caracterizan al régimen, es decir, dicho porcentaje que se ordena mediante sentencia a trasladar a COLPENSIONES corresponde a un valor que el legislador no solo habilita sino que obliga a destinar y/o ejecutar, en términos generales, durante la vigencia del vínculo con la afiliada.

Agregó que los gastos administrativos no han perdido poder adquisitivo, contrario a ello, lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de gastos de administración y demás conceptos debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 28, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 21 de abril de 1957.
- A folio 29, reporte de semanas en COLPENSIONES.
- A folio 32, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 52, formulario de afiliación en Pensiones y Cesantías Santander.
- A folio 114, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 115, certificación de traslado de aportes expedida por PORVENIR.

Archivo 11

- A folio 38, reporte SIAFP.
- A folio 42, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 112, comunicado de prensa.

- Interrogatorio de parte.
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones

contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron

ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones

de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones,

como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por

lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con

prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló la juez a quo en su decisión.

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES y PORVENIR en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que PORVENIR fue condenada a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES y la juez de instancia las halló acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto, aclarando que COLPENSIONES no fue condenada por este concepto.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ADRIANO RAMÍREZ LINARES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2021 00543 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de PORVENIR contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos, intereses y demás frutos generados y los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido de la demandante a título de cotizaciones. Se condene por concepto de pensión de vejez, intereses moratorios, y lo ultra y extra petita (archivo 03 y 07).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 26 de octubre de 1952; es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993; el 8 de septiembre de 1994, se trasladó a PORVENIR; pero en ese momento no se le proporcionó las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un individuo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tales como los cálculos y

proyecciones respecto a su futuro pensional, más las implicaciones que el cambio de régimen conllevaba.

A partir del 1 de mayo de 2002, retornó al régimen de prima media, a través de escrito de 31 de agosto de 2021 solicitó a COLPENSIONES tener por nulo el traslado de régimen pensional efectuado y el reconocimiento de la pensión de vejez.

COLPENSIONES a través de Resolución N° 258952 de 5 de octubre de 2021 despachó de manera desfavorables las súplicas elevadas.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte del demandante, de manera que, deberá probarse el vicio en el consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede la nulidad o ineficacia de traslado, máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al Fondo Privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión frente a la conveniencia de uno u otro régimen.

Presentó las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios, compensación, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica (archivo 16).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación realizada por la parte demandante con PORVENIR S.A. el 08 de agosto de 1994 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Agregó que procedió con el traslado de todos los valores a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, el día 27/09/2002 en una suma de \$3,817,178 y en fecha 16/06/2020 la suma de \$1,687,669, por lo que a la fecha no adeuda suma alguna.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción genérica (archivo 27).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tiene derecho a la pensión de vejez a la luz del Decreto 758 de 1990 desde el 26 de octubre de 2012, en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 31 de agosto del 2018, en cuantía inicial de \$781.242 y cancelar a título de retroactivo pensional entre el 31 de agosto de 2018 y el 30 de julio de 2023 la suma de \$59.013.995. Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A; y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, respecto de las mesadas pensionales. Absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a PORVENIR.

Consideró la juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como en este asunto PORVENIR no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

En relación con la pensión de vejez, señaló que el demandante era beneficiario del régimen de transición y había cumplido con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, y que debido a que la última cotización la había

efectuado en el año 2012 cuando ya había cumplido los requisitos para pensionarse, era posible tener como voluntad de desafiliación del sistema.

Para establecer la fecha a partir de la cual se otorgaba el reconocimiento analizó la excepción de prescripción, y señaló que como la prestación se había reclamado el 31 de agosto de 2021 y la demanda se había presentado el 4 de noviembre de ese mismo año, se encontraban prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de agosto de 2018.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR indicó que no procede la condena por concepto de indexación de los gastos de administración en la medida que la cuenta de ahorro individual les generó una rentabilidad a los aportes del actor, e imponer condena por la indexación sería sancionar doblemente por el mismo hecho al Fondo.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR indicó que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, que además el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP's está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

El DEMANDANTE indicó que dentro del proceso promovido se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que tiene derecho al traslado del régimen pensional por haber estado incurrido en vicios en el

consentimiento por parte de los fondos de pensiones aquí demandados, teniendo en cuenta que los mismos no demostraron en instancia que se le brindó la debida información oportuna al momento del su traslado inicial al aquí demandante, por lo que le solicita se confirme la decisión adoptada por el juez de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados, junto con el reconocimiento de la pensión de vejez.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 12, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 26 de octubre de 1952.
- A folio 13, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 24, resolución SUB 258922 de 5 de octubre de 2021.

Carpeta 19

- Expediente administrativo

Archivo 19

- Historia laboral del demandante.

Archivo 27

- A folio 65, reporte SIAFP.
- A folio 68, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 69, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 71, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 91, comunicado de prensa.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de PORVENIR presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera

que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en

este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado, los gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó por los anteriores conceptos.

En este punto pertinente resulta indicar que debido a que el señor Adriano Ramírez retornó en el año 2002 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por el ello PORVENIR realizó una devolución a COLPENSIONES de dos sumas de dinero, la primera por valor de \$3.819.178 el 27 de septiembre de 2002, y la segunda por \$1.687.669 el 16 de junio de 2020 tal y como consta en el documento que reposa a folio 68 del archivo 27 del expediente digital, deberá el fondo privado devolver únicamente las sumas indicadas por la a quo ya que los aportes junto con los rendimientos financieros causados ya fueron objeto de devolución tal y como consta en el documento ya citado y como se evidencia en la historia laboral que reposa en el archivo 19, en la que constan los pagos recibidos del régimen de ahorro individual por traslado.

En lo relacionado con el **reconocimiento pensional**, punto que se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, solicita el accionante se reconozca dicha prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Al efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición en favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; el cual fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia de dicha reforma contaran con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

En este caso en principio el demandante es beneficiario del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 41 años de edad cumplidos.

Ahora, para tener derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, que es la norma solicitada en la demanda, debía el actor cumplir los requisitos exigidos en el artículo 12 del citado Acuerdo antes del 31 de julio de 2010, o extender dicho régimen de transición hasta el año 2014 siempre y cuando cotizara 750 semanas a 25 de julio de 2005.

El Acuerdo 049 de 1990 señala como requisitos para obtener la pensión de vejez, en el caso de los hombres, el cumplimiento de 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Descendiendo al caso objeto de estudio se evidencia que la edad la cumplió el señor Adriano Ramírez el 26 de octubre de 2012, para 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas, y para la data en que cumplió la edad contaba con más de mil semanas cotizadas tal y como da cuenta el archivo 19, 27, y expediente administrativo del expediente digital.

Para efectos de la causación del derecho se tiene que este nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del decreto 758 de 1990, y aunque en este asunto no se evidencia novedad de retiro, si se observa que la última cotización efectuada por el señor Adriano Ramírez fue en septiembre de 2012

(archivo 19) y que además solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento pensional desde el 27 de octubre de 2012 (archivo 2013_3138274 carpeta 18).

Así las cosas, debido a que el derecho pensional quedó consolidado el 26 de octubre del año 2012 cuando cumplió la edad requerida y ya contaba con las semanas para pensionarse, es a partir de esta data en la que se causó el derecho a la prestación solicitada tal y como lo señaló la juez de primera instancia.

En cuanto al Ingreso Base de Liquidación, este se encuentra regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para las personas que les faltare más de 10 años para adquirir el derecho, siendo ese el caso del demandante.

Con relación a la excepción de **prescripción**, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que en relación a la ineficacia del traslado que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

Y frente a dicho medio exceptivo respecto de la pensión de vejez tal y como consta en la Resolución SUB 258922 de 5 de octubre de 2021 se observa que reclamó el derecho pensional el 31 agosto de 2021 (fls.22 a 24 archivo 03), mismo que fue resuelto el 5 de octubre de esa misma anualidad, y la demanda

se presentó el 4 de noviembre de 2021 (archivo 02), motivo por el que se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2018 conforme fue señalado por la juez a quo.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO