República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ALFONSO GONZÁLEZ GARZÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **003 2020 00050** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2021, por el Juzgado 3.° Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia de su vinculación al R.A.I.S. con la A.F.P. INVERTIR, hoy PORVENIR S.A.; consecuencialmente, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de lo ahorrado en éste fondo privado, junto con los rendimientos financieros y lo descontado por gastos de administración; así mismo, se ordene a COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores y a recibirlo como su afiliado en el R.P.M.

En lo que interesa a la alzada, manifestó que inicialmente estuvo vinculado al R.P.M. administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES; que en agosto de 1995, se trasladó al R.A.I.S., administrado por INVERTIR S.A., hoy PORVENIR S.A., sin que los asesores de dicho fondo privado, le indicaran los eventuales riesgos que podría generar tal traslado, ni le suministraran una información idónea que lo llevara a tomar una determinación objetiva, sumado a que, nunca le realizaron una eventual simulación del valor de la mesada pensional que podría tener en el R.A.I.S. y en el R.P.M.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 24 de septiembre de 2019 (f.° 3 -21).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 39).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez el traslado del demandante al R.A.I.S. se efectuó de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, sumado a ello, el demandante no

demostró la existencia de algún vicio del consentimiento que afecte su decisión de traslado, por lo que el mismo resulta ser totalmente válido.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas la inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (exp. dig., págs. 1-16).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en la medida que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la nulidad o ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional. Señaló, que dicho traslado fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada, y ajustada a lo dispuesto en el Artículo 30 del Decreto 663 de 1993, razón por la cual, no hay lugar a trasladar suma alguna a COLPENSIONES.

Propuso como excepciones de mérito las 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 (exp. dig., págs. 1 - 28).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.° 45).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante del R.P.M. al R.A.I.S. administrado por INVERTIR S.A., hoy PORVENIR S.A., realizado el 4 de agosto de 1995, con efectividad a partir del 1.° de septiembre de la misma anualidad, razón por la cual, se entiende vinculado válidamente al demandante al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno.

Adicionalmente, condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los anteriores valores, a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado del R.P.M., así como a actualizar la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado; y finalmente, condenó en costas a las demandadas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el demandante incumplió con su deber de diligencia y cuidado, pues solamente se preocupó por su situación pensional hasta que se encontró inmerso en la prohibición de traslado contemplada en la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no podría beneficiarse de su propia culpa al decretar la ineficacia del acto de traslado.

Adujo, que la inconformidad del demandante con el R.A.I.S. únicamente radica en la diferencia en el monto de su eventual mesada pensional en cada uno de los regímenes, lo que no es un incumplimiento de su deber de información, pues, la decisión de trasladarse la tomó de manera libre y voluntaria.

Además, respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que los mismos, por mandato legal, tienen una destinación específica que se ha venido cumpliendo durante el tiempo que el demandante ha permanecido afiliado a ésta A.F.P., razón por la cual, ya no se encuentran en su poder, sumado a que, tal devolución atenta contra las normas que gobiernan las restituciones mutuas.

La demandada **COLPENSIONES,** solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, ya que, en primer lugar, los hechos esbozados en la demanda no resultan consecuentes con lo que adujo el demandante en su interrogatorio de parte, pues del mismo, se puede concluir que conocía más características del R.A.I.S. que las señaladas inicialmente en el escrito demandatorio.

Sumado a lo anterior, indicó que desde el momento en que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional, fue negligente, pues sólo pasados 20 años se preocupó por su situación pensional, razón por la cual no puede ser premiado con la declaración de nulidad o ineficacia de dicho traslado, ya que dicha decisión afecta severamente la sostenibilidad financiera del R.P.M., toda vez que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de

la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 12 de enero de 1967 (f.° 23); ***ii)*** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 9 de abril de 1985, donde cotizó un total de 4.29 semanas (exp. dig., doc. 3.a.); ***iii)*** y que el 4 de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por INVERTIR S.A., hoy

PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (exp. dig., doc. 4.a., pág. 29), donde actualmente se encuentra vinculado.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes

alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador 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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a

pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, en el expediente digital, documento número 4.a., página 29, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 4 de agosto de 1995, con la A.F.P. INVERTIR S.A., hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."*

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador

[1] CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver todas las cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *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"*[3], por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. INVERTIR S.A., hoy PORVENIR S.A. el 4 de agosto de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

[3] SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 27 de enero de 2021, por el Juzgado 3.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GILBERTO GUEVARA ALVARADO** contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 **004 2019 00727 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, es la entidad obligada al pago de su pensión.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada a reconocerle los reajustes previstos en la Ley 6.ª de 1992, y en el Decreto 2108 de 1992, con los respectivos reajustes anuales; a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que sostuvo una relación laboral con la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en la calidad de trabajador oficial, entre el 12 de noviembre de 1979 y el 30 de octubre de 1988, esto es, por 8 años, 8 meses, y 18 días; que fue retirado de la empresa por presentar una pérdida de capacidad laboral que lo imposibilitaba para desempeñar una labor remunerativa; que mediante Resolución n.° 007 de 11 de enero de 1989, la extinta empresa le reconoció una pensión de invalidez, a partir del 1.° de noviembre de 1988, pero que a dicha prestación nunca le fueron aplicados los reajustes previstos y ordenados en la Ley 6.ª de 1992, y el Decreto 2108 de la misma anualidad; que solicitó a la demandada el reconocimiento de dichos reajustes, y que esta se los negó omitiendo las disposiciones legales y las orientaciones jurisprudenciales sobre el particular.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de noviembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 32).

EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que ha efectuado todos los reajustes legales a la pensión de invalidez del actor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, pago, falta de causa y título para pedir, y compensación (f.° 30 - 39).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (f.° 68).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 2 de septiembre de 2020, absolvió al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y no condenó en costas.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si era procedente, o no, ordenar el pago de los reajustes pensionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, y en el Decreto 2108 de 1992.

Esgrimió, que el artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, fue declarado inexequible mediante sentencia C-531 de 1995 pero que en dicha providencia se aclaró, que la decisión solo tendría efectos hacia futuro, por lo que los reajustes seguirían teniendo aplicación respecto de quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia, como sería el caso

del actor, por cuanto a este le fue reconocida una pensión de invalidez a partir del 1.° de noviembre de 1988.

No obstante, indicó, que no era procedente realizar el reajuste de la pensión solicitado, como quiera que la norma indica que este únicamente opera para las pensiones de jubilación del orden nacional, motivo por el cual, no era posible extender dicho beneficio a otras modalidades pensionales, como lo es, la pensión de invalidez que le fue reconocida al actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que el actor si cumple con la totalidad de los requisitos para que le sea reconocido el reajuste pensional establecido en la Ley 6.ª de 1992, y en el Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.

Señaló, que el demandante se encuentra disfrutando de una pensión de orden nacional reconocida por la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia con anterioridad al 1.° de enero de 1989, la cual no aplicó cuando correspondía, los reajustes previstos en el artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, sumado a que la pensión fue reajustada en valores inferiores al salario mínimo.

Esgrimió, que, si bien la mencionada norma fue declarada inexequible, mediante sentencia C - 531 de 1995, la misma produjo efectos hacía futuro, por lo que los reajustes que se generaron bajo su vigencia constituyen derechos causados, y los mismos pueden ser reclamados en cualquier tiempo, aunado a que estos, por ser parte del derecho a la pensión, no prescriben.

Expresó, que la disparidad de reajustes entre las mesadas pensionales y el salario mínimo se configuró con la expedición de la Ley 4.ª de 1976 y porcentualmente, solo se vino a superar con la expedición de la Ley 71 de 1988, por lo que uno de los requisitos de los reajustes de la Ley 6.ª de 1992, es que el pensionado ya estuviese gozando del incremento pensional antes del 1.° de enero de 1989, como en efecto, sucedió en el presente caso.

Respecto de lo expresado por la *a quo*, de que los reajustes pensionales solo son aplicables frente a las pensiones de jubilación, arguyó que el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, y la Corte Suprema de Justicia, han reconocido dicho beneficio con independencia de la modalidad de la pensión, en aras de garantizar el principio de igualdad.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, según lo previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo. La sala tendrá como problema jurídico, verificar si a la pensión de invalidez reconocida al actor por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, le es aplicable el reajuste pensional previsto en el artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992.

DEL REAJUSTE PENSIONAL ESTABLECIDO EL ARTÍCULO 116 DE LA LEY 6.ª DE 1992.

El artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, dispuso que para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con

anterioridad a 1989, el Gobierno Nacional, dispondría gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que hubiesen sido reconocidas con anterioridad al 1.° de enero de 1989.

Respecto de la declaratoria de inexequibilidad efectuada sobre la mentada norma, mediante sentencia C-531 de 1995, debe decirse que la Corte Constitucional dispuso que, la misma solo tendría efectos hacia el futuro, y se haría efectiva a partir de la notificación del fallo. Así, en esta oportunidad la Corte aclaró lo siguiente:

" (...) Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexequibilidad no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexequible. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional. Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos y eficacia y celeridad de la función pública, la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello."

Es claro entonces que, son destinatarios del reajuste deprecado quienes hayan sido pensionados por el Estado, antes del 1.° de enero de 1989, como es el caso del actor, como quiera que mediante la Resolución n.° 007 de 11 de enero de 1989, la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, le reconoció una pensión de invalidez, a partir del 1.° de noviembre de 1988 (f.° 27 - 28). No obstante, se aclara que la pretensión del actor, como bien lo adujo la

a quo, resulta ser improcedente como quiera que la pensión que le fue reconocida corresponde a una pensión de invalidez.

Lo anterior, por cuanto los reajustes solicitados en la demanda, solo son aplicables respecto de *pensiones de jubilación* situación que no ocurre en el presente asunto, trayendo a colación el concepto de la Sala de Consulta del Servicio Civil del H. Consejo de Estado del 1.° de marzo de 2000, con radicación 1233, en la que señaló, en lo que tiene que ver con la naturaleza de la prestación material del reajuste tanto el artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, como el artículo primero del Decreto Reglamentario 2108 de ese mismo año, se refieren a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 9 de enero de 1989, por tanto, no es posible por vía de interpretación, extender el beneficio a otras modalidades pensionales como las de vejez o invalidez, incapacidad permanente parcial o pensión sanción, que tiene regulaciones especiales.

En consecuencia, en virtud de los principios consagrados en los artículos 27 y 28 del Código Civil, no es viable extender el tenor literal del artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, so pretexto de beneficiarse de la norma en cita, razón por la cual se **confirmará** la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **VICTOR MANUEL AGUILERA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **006 2018 00149** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que es beneficiario del régimen de transición, y que tiene derecho a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación, por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1.° de la Ley 33 de 1985, y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, con el promedio de lo cotizado durante el último año de servicio como trabajador oficial.

Consecuencialmente, que se condenara a Colpensiones a reconocerle y pagarle la reliquidación de la pensión, desde la fecha en que adquirió el estatus de pensionado; las diferencias de las mesadas pensionales causadas y adeudadas entre la fecha de causación del derecho, y hasta la fecha en que se haga efectiva su inclusión en la nómina de pensionados; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; la respectiva indexación por cada una de las sumas adeudadas; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que se le reconociera y pagara la reliquidación de la pensión de jubilación, conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta el promedio cotizado durante toda su vida laboral, por acreditar más de 1250 semanas, o el promedio cotizado durante los últimos 10 años de servicio, en consideración de todos los factores salariales que devengó

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que nació el 25 de enero de 1952, y cumplió los 55 años de edad en el mismo día y mes de 2007; que laboró al servicio de la Gobernación del Casanare como Trabajador Oficial, en el cargo de ganadero, desde el 18 de

octubre de 1976 hasta el 30 de diciembre de 2002, por lo que acredita más de 20 años como trabajador oficial; que mediante Resolución n.° 35751 de 14 de agosto de 2007, Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a partir del 25 de enero de 2007; que el 9 de junio de 2017, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, y que en Resolución n.° SUB 201560 de 21 de septiembre de 2017, Colpensiones le reliquidó dicha prestación, sin tener en cuenta varios factores salariales, por lo que interpuso los recursos procedentes.

Agregó, que mediante las Resoluciones n.° SUB 235390 de 24 de octubre de 2017, y n.° DIR 20012 de 8 de noviembre del mismo año, Colpensiones confirmó en todas sus partes la Resolución n.° SUB 201560 de 21 de septiembre de 2017, y que el actuar de la entidad demandada fue apresurada y carente de objetividad, por cuanto no había razón legal que justificara la negación de su pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de abril de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 72).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Adujo, que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para la reliquidación de la pensión son los contemplados en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1.° del Decreto 1158 de 1994, como quiera que los criterios integrantes del régimen de transición son la edad, semanas cotizadas y el monto de la pensión, más no el ingreso base de cotización. Motivo por la cual, no era procedente que se reliquidara la pensión de vejez, con base en los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de

1978, pues el demandante adquirió el estatus de pensionado en vigencia del régimen de transición.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, improcedencia de indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, y prescripción (f.° 97 - 107).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (f.° 115).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 16 de julio de 2020, condenó a Colpensiones al pago del retroactivo de las diferencias pensionales, en la suma de $4.252.032, por el periodo comprendido entre el 25 de enero de 2007, y el 8 de junio de 2014, y al reconocimiento de la indexación de lo no debido, hasta que se produzca el pago de la obligación; declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar, si debía determinarse el I.B.L. de la pensión de vejez reconocida al actor, en aplicación del artículo 1.° de la Ley 33 de 1985, o de acuerdo con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con sujeción al ingreso percibido por el actor durante toda su vida laboral, o con el promedio cotizado durante los últimos 10 años.

Esgrimió, que el régimen común de los trabajadores oficiales establecido en la Ley 33 de 1985, fue modificado por la Ley 100 de 1993, salvo en aquellos aspectos en los que se conservó el régimen

de transición, dentro de los cuales no se encuentra el ingreso base de liquidación, que debía tenerse en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional, por lo que era claro que para calcular el mismo, debía tenerse en cuenta la regla prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, que, al efectuar el cálculo del ingreso base de liquidación del actor, teniendo en cuenta el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 anteriores al reconocimiento de la pensión, constató que la cuantía inicial de la pensión correspondía a $684.532, y no a $641.174, que fue la suma que calculada por Colpensiones, en la Resolución n.° 35751 de 4 de agosto de 2007.

Igualmente, señaló que mediante Resolución n.° 201560 de 21 de septiembre de 2017, la entidad demandada reliquidó la pensión de vejez del accionante, a partir de 9 de junio de 2014, en cuantía de $877.612, y aclaró que, conforme a la liquidación efectuada por el juzgado, dicha suma ascendía a $887.697, pero que por ser mínima la diferencia entre una y otra, era claro que no se habían generado diferencias pensionales a partir del 9 de junio de 2014, como si había sucedió con el periodo comprendido entre el 25 de enero de 2007, y el 8 de junio de 2014.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación de forma parcial, contra la sentencia proferida por el *a quo*.

Arguyó, que pese a estar de acuerdo con la liquidación elaborada por el juzgado en cuanto a la indexación, debía tenerse en cuenta que la tasa de reemplazo del monto de la pensión debía variar al 90%, de acuerdo con lo consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, y en virtud del

principio de favorabilidad, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1681 de 2020.

COLPENSIONES, solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que mediante Resolución n.° SUB 201560 de 21 de septiembre de 2017, reliquidó la pensión de vejez del demandante, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, con un I.B.L. de $909.369, y aplicando una tasa de reemplazo del 75%, lo que finalmente arrojó una mesada pensional de $877.612, efectiva a partir de 9 de junio de 2014, por lo que al haber liquidado debidamente la prestación, no era procedente condena alguna en su contra.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentra los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta colegiatura procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, con sujeción al principio de consonancia previsto en el artículo 66A del código Procesal del Trabajo de la Seguridad Social, y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 *ídem*. Por cuestiones de método, se estudiará de forma preliminar, la apelación interpuesta por la parte demandada.

DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ella, la sala tendrá como problema jurídico verificar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante.

Se encuentra acreditado dentro del plenario: ***i)*** que el demandante nació 25 de enero de 1952, por lo que cumplió los 55 años de edad, el mismo día mes del año 2007 (f.° 70); ***ii)*** que laboró para la Gobernación del Casanare, entre el 18 de octubre de 1976, y y 30 de diciembre de 2002, es decir, por 26 años, 2 meses y 12 días; tal y como da cuenta el Certificado de Información Laboral expedido por la Gobernación del Casanare (f.° 58); ***iii)*** que efectuó aportes a pensión solo hasta el 30 de junio de 1995, como consta en la Certificación de Salarios mes a mes, expedido también, por la Gobernación del Casanare (f.° 60 - 69); ***iv)*** que es beneficiario del régimen de transición, por cuanto así se constata en la Resolución n.° 35751 de 2007, con la que el extinto I.S.S. le reconoció una pensión de jubilación, a partir del 25 de enero de 2007, por el valor de $641.174., de acuerdo con lo establecido en la Ley 33 de 1985 (f.° 20 - 21); ***v)*** que el 9 de junio de 2017, solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, para que le fuera aplicada una tasa de reemplazo del 75%; ***vi)*** y que mediante Resolución n.° SUB 201560 de 21 de septiembre de 2017 (f.° 32 - 36), se le reliquidó la pensión de vejez para los años 2014 y 2015, lo cual fue confirmado mediante Resolución n.° 235390 de 24 de octubre de 2017 (f.° 46 - 51).

VERIFICACIÓN LIQUIDACIÓN I.B.L. PENSIÓN DE JUBILACIÓN – LEY 33 DE 1985.

Sabido es, que para efectos de liquidar la pensión de jubilación que regula el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, se contabilizan los tiempos exclusivamente servicios en el sector público, sin que sea posible la adición de cotizaciones originadas en servicios particulares para obtener la prestación mencionada (CSJ sentencias SL12448-2015 y SL5201-2018 entre otras), de ahí que no se puedan contabilizar para este preciso caso las cotizaciones efectuadas con los empleadores del sector privado.

Así las cosas, vale la pena recordar que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente conservó lo relativo a la edad, tiempo de servicios o densidad de cotizaciones y el monto de la prestación, entendido este último como la tasa de reemplazo, pero no el ingreso base de liquidación de la legislación anterior que, como se sabe, quedó gobernado por el inciso 3.° del artículo 36, o por el artículo 21 *ídem*, según el tiempo que le hiciere falta para pensionarse a la entrada en vigencia del subsistema general de pensiones (CSJ sentencias CSJ SL4649 y SL17476 de 2014, SL2982 y SL16825 de 2015, y SL7193 y SL8563 de 2016 y CC sentencias C-258-2013, reiterada en la SU-230-2015). Es decir, por el inciso 3.° del artículo 36, si a la entrada en vigencia de la Ley 100, al afiliado le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y por el artículo 21, si le hacían falta más de 10 años.

En este punto, se debe aclarar que fue el mismo legislador quien estableció que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición estaría regulado por el nuevo modelo pensional en las disposiciones antes mencionadas y, por lo mismo, no habría lugar a confrontar más de una interpretación frente a norma jurídica que resulta clara al respecto (CSJ SL1049 y SL1734 ambas de 2015).

En este caso, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición, y hacerle falta más de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos (30 de junio de 1995), su I.B.L. debe ser calculado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 *ídem*, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales habría cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo, siempre que el trabajador haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que con la incorporación de los servidores públicos al Sistema de Seguridad Social Integral, estos quedaron obligados a efectuar aportes con sujeción a los artículos 13, lit. d) y 18 de la misma normativa, así como al Decreto 1158 de 1994 (CSJ sentencia SL11571-2014), norma esta última que fijó los factores que integran el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema, y que básicamente son: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica cuando sea factor salarial, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo, por trabajo suplementario o de horas extras, o el realizado en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados; incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en aquellos eventos en los que los servidores públicos realizaban cotizaciones a las cajas de previsión social o al mismo I.S.S., tampoco lo hacían sobre el total de lo devengado, sino bajo los conceptos salariales que la ley fijaba para el efecto, como en su oportunidad lo hizo el artículo 3.° de la Ley 33 de 1985, y posteriormente, el art. 1.° de la Ley 62 del mismo año, que reformó dicha disposición.

Con los argumentos hasta aquí expuestos, sería del caso proceder a verificar si los cálculos efectuados por Colpensiones en las resoluciones de reconocimiento pensional y reliquidación, estuvieron correctos para efectos de establecer el I.B.L., no obstante verificada la totalidad de la documental aportada al expediente, no existe información suficiente para poder calcular el promedio de lo devengado en los 10 últimos años efectivamente laborados, contabilizados hacia atrás desde el último día laborado en el sector público, (CSJ sentencias SL del 2 jun. y 22 de jul. 2009 rad. 32997 y 35402, SL17136-2014, SL7995, SL9147, SL3794 y 16113 de 2015, STL5898-2016 y SL10091-2017, entre muchas otras), con inclusión únicamente de los ciclos efectivamente cotizados y/o laborados sin

cotizar por el demandante (CSJ SL7995 y SL9147 ambas de 2015), en la medida en que se debe saber a ciencia cierta cuáles fueron los salarios y factores salariales causados entre el 1.° de julio de 1995 y el 31 de octubre de 1996, pero en el Certificado de Salarios mes a mes (formato n.° 3B) expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que reposa de f.° 60 a 69, solo se certificaron los devengados desde el 18 de octubre de 1976 hasta el 30 de junio de 1995, de modo que no se conocen los ingresos del actor desde julio de 1995 a octubre de 1996.

La única información con la que se cuenta, es con los salarios y factores salariales cancelados al demandante, entre enero de 1976, hasta diciembre de 1995, y con los del periodo comprendido entre el 1.° de noviembre de 1996 al 21 de diciembre de 2002; sin que sea viable entonces, emitir elucubraciones artificiosas para llegar a ese conocimiento, y muchos menos imponer de manera arbitraria determinado monto de salario, incluso aproximado, como I.B.C. para ese justo período, pues no se cuentan con los elementos necesarios para ello.

Igualmente, observa la sala que la jueza *a quo,* no dio explicaciones claras respecto del motivo por el cual, concluyó que al efectuar el cáculo del I.B.L., con el promedio de los factores salariales devengados por el actor durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento de la pensión, obtuvo un valor de $684.532, es decir, una suma superior a la que liquidó Colpensiones, en $641.174, mediante Resolución n.° 35751 de 14 de agosto de 2007 (f.° 20 - 21), incumpliendo así el mandato establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso.

Por lo anterior, no es posible acceder a las pretensiones invocadas por el actor, pues es preciso recordar que como principio universal en

cuestión de la carga probatoria, quien pretende demandar un derecho o quien se opone o excepciona, está obligado a acreditar tal aseveración y a demostrar los hechos que lo generan o aquellos en que se funda, según sea el caso (CSJ sentencias SL del 20 mar. 2013 rad. 45120 y SL del 6 sep. 2012 rad. 37804); sabido es, de vieja data, que nuestra legislación procesal ha instituido una serie de obligaciones, derechos, facultades y cargas atribuibles a todos aquellos que forman los distintos extremos que componen la relación jurídico-procesal, por lo que de antemano, quien pretenda acudir ante la administración de justicia en calidad de demandante debe conocer como mínimo, las responsabilidades propias de su condición, lo que se hace necesario para imprimir una mayor seriedad, diligencia y presteza a todos los asuntos conocidos por la jurisdicción.

DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.

Resulta necesario precisar, que lo apelado por la parte demandante, esto es, que se reliquide la pensión del actor, incluyendo los tiempos de servicios en el sector privado, con el fin de aumentar la tasa de reemplazo a aplicar, al 90% del I.B.L., con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, no fue objeto de las pretensiones de la demanda, por cuanto en la misma únicamente se solicitó que se declarara que el actor es beneficiario del régimen de transición; que tenía derecho a percibir una pensión vitalicia de jubilación, con base en el artículo 1.° de la Ley 33 de 1985, y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y de forma subsidiaria que se reliquidara la pensión de vejez de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios que el actor haya cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (f.° 6 - 19), las cuales fueron debidamente estudiadas por el *a quo* al momento de proferir su decisión.

En este orden, se estaría frente a una pretensión extemporánea, respecto de la cual esta sala no puede efectuar pronunciamiento alguno por encontrarse inhabilitada para tal efecto.

De otra parte, observa la sala que el 22 de mayo de 2019, el juzgado requirió a COLPENSIONES, para que dentro del término de 10 días allegara el reporte de semanas, incluidas las tradicionales, cotizadas por el demandante, identificado con C.C. 9.651.509 (f.° 116), por cuanto dicha información no reposaba en el medio magnético obrante a f.° 114.

Así, el día 26 de junio de 2019, la entidad demandada remitió el certificado de historia laboral requerido, correspondiente a Víctor Manuel Aguilera Lozano, identificado con la cédula de ciudadanía n.° 19438182, esto es, un número de cédula diferente al del actor, por cuanto a f.° 70, se observa que el número correcto de cédula de este es 9.651.509.

Igualmente, en dicha historia laboral reposa información de semanas cotizadas a empleadores que, no coinciden con los referidos por el actor en el escrito de demanda, ni con los referidos por el extinto I.S.S., hoy Colpensiones, en la Resolución n.° 35751 de 4 de agosto de 2007, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación al actor (f.° 20 - 21); en la Resolución n.° SUB 201560 de 21 de septiembre de 2017, en la que se ordenó reliquidar la pensión de vejez, a partir del 9 de junio de 2014, para los años 2014 y 2015 (f.° 32 - 36), y en la Resolución n.° SUB 235390 mediante la cual se confirmó la Resolución n.° 201560 de 21 de septiembre de 2017, por cuanto en todas ellas, aparece reportado como único empleador del actor el Departamento del Casanare.

Así las cosas, no es claro para esta sala si las 500 semanas que solicita el apoderado de la parte demandante le sean tenidas en cuenta para efectos de aumentar la tasa de reemplazo a aplicar, al 90% del I.B.L., con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, corresponden a las consignadas en la historia laboral que obra a f.° 122, que como ya se dijo, corresponden a una persona diferente al actor, conducta esta que puede presumirse como de mala fe, conforme a lo establecido en el literal 1.° del artículo 79 de Código General del Proceso, por cuanto en el recurso de apelación se allegaron hechos contrarios a la realidad.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA BETANCOURT ANACONA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 **006 2018 00646** 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 14 de abril de 2021, por el Juzgado 6.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a COLPENSIONES, a pagar el incremento pensional del 14% por persona a cargo,

retroactivo al día 14 de diciembre de 2012, así como al pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y se indexen las condenas proferidas,

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.° GNR 339943 del 29 de septiembre de 2014, a partir del 14 de diciembre de 2012, por ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; indicó, que convive en unión libre con el Señor Mauricio Sierra Quevedo, desde hace más de 15 años, quien depende económicamente de ella y con quien convive de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho; y, que reclamó administrativamente el día 3 de agosto de 2018, sin embargo, COLPENSIONES no dio respuesta a sus pedimentos (f.° 7-14).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 29 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.° 34).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos deprecados perdieron vigencia, ya que la citada ley no contempla dichas prestaciones, ni fueron incluidas en el régimen de transición del artículo 36 de la misma ley.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción de los incrementos y sus intereses, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, imposibilidad

jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y, no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.ª 37 - 53).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.° 36).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de abril de 2021, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Para llegar a tal conclusión, indicó que, de acuerdo con la postura adoptada por la Corte Constitucional con la expedición de la SU-140 de 2019, los incrementos pensionales por persona a cargo se encuentran derogados a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que hubiesen adquirido su derecho pensional antes del 1.° de abril de 1994, cosa que no sucedió en este caso, pues a la demandante le fue reconocida pensión de vejez a partir del año 2012.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación para que la sentencia proferida de primera instancia fuese revocada en su totalidad, toda vez que cumple con los requisitos exigidos para su reconocimiento; sumado a que, no es dable aplicar en este caso la Sentencia SU-140 de 2019, pues la misma fue expedida con posterioridad a la presentación de la demanda, y dicha aplicación retroactiva vulnera los principios a la seguridad jurídica, buena fe y favorabilidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, acogía el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia, adoptado en sentencia SL-29751 de 2005, según el cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que debían entenderse como parte del régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 *ibídem*. No obstante, al reexaminarse el tema por los integrantes de la sala, se hace necesario replantear dicha postura, y acoger en su lugar, la establecida por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, por encontrarse ajustada a los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad, y universalidad, que rigen el sistema general de pensiones.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.° 049 de 1990, conservan o no, su vigencia en el nuevo sistema pensional.

En sentencia SU-140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que, el referido artículo no produce efecto alguno respecto de aquellos que hayan adquirido su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Igualmente, se aclaró que, la transformación sustancial que sufrió el sistema de pensiones hizo necesario el establecimiento de un régimen de transición, cuyo fin consistiera en la salvaguarda de la

legítima expectativa de las personas que estaban cerca de adquirir el derecho principal de pensión, bajo las previsiones del sistema pensional anterior, pero que la misma no se hizo extensiva a derechos accesorios de dicha pensión, como es el caso de los incrementos pensionales, máxime si se tiene en cuenta que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional, por expresa disposición del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, el cual dispuso que éstos subsistían mientras perduraran las causas que les dieron origen; así como el hecho de que no tienen efecto ultractivo alguno.

De otra parte, la Corte señaló que el reconocimiento de los beneficios extrapensionales causados con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, resulta incompatible con el inciso constitucional establecido en el artículo 1.°, del Acto Legislativo n.° 1 de 2005, de que *"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (...) serán los establecido por las leyes del sistema general de pensiones"*.

En este orden, como tales incrementos están incorporados en una norma anterior a la Ley 100 de 1993, y son distintos a los previstos en el nuevo sistema pensional, perdieron toda eficacia de acuerdo con la norma constitucional citada con antelación.

Igualmente, dijo la Corte que los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, resultan incompatibles con el principio de sostenibilidad financiera, cuyo fin es que las medidas futuras que se adopten preserven el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, así como con el principio de solidaridad, según el cual, los recursos del erario público en el Sistema de Seguridad Social se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerable, y el de universalidad, esto es, la garantía de protección para todas las personas.

De todo lo anterior, se colige que los incrementos pensionales

previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, solo podrán reconocérseles a quienes hayan adquirido este derecho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, por cuanto con la expedición de dicha norma, éstos desaparecieron del ordenamiento jurídico en virtud de su derogatoria orgánica, así como que éstos no fueron protegidos por el régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, como quiera que éste se limitó a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir su derecho pensional, conforme a los requisitos pensionales consagradas en el sistema pensional anterior.

Ahora bien, en el presente caso no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.° 339943 del 2014, COLPENSIONES le reconoció a la demandante la pensión de vejez, a partir del 14 de diciembre de 2012, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo n.° 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.° 69 - 72).

Es decir, que la actora venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en vigencia de ese régimen, por cuanto la pensión le fue reconocida en el año 2012; por lo que, conforme con los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-140 de 2019, no tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, establecido en el Decreto 758 de 1990.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia consultada, sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 14 de abril de 2021, por el Juzgado 6.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SIGIFREDO ZULUAGA GUTIÉRREZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **006 2018 00769 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Preliminarmente, resuelve la sala **NEGAR** la solicitud allegada por la parte actora obrante de f.° 119 a f.° 120, de que se decreten las pruebas documentales consistentes en dos certificaciones laborales,

y recibidos de nómina, por cuanto no se dan ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que determina los casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas cuando actúa como juez de apelación, además de haber sido presentada de forma extemporánea.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que tiene derecho al pago de la pensión de vejez, establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003, y que Colpensiones debe reconocerle dicha prestación, a partir del 18 de mayo de 2017.

Consecuencialmente, que se condenara a Colpensiones a reconocerle y pagarle el retroactivo pensional de forma indexada; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 16 de marzo de 2017; los intereses moratorios regulados en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia que ordene el reconocimiento de la pensión de vejez; lo que resultare probado ultra y extra petita, las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 10 de mayo de 1955; que ha cotizado un total de 1.387 semanas en Colpensiones, pero que en ésta solo aparecen registradas 1.059 semanas, por lo que hace falta reportar 327.32 semanas; que adquirió el estatus de pensionado el 10 de mayo de 2017, fecha en la cual cumplió 62 años de edad; que en tres ocasiones, solicitó a Colpensiones que le efectuara el cálculo actuarial y corrección de la historia laboral, para incluir los

periodos laborados ante METALPLUS S.A., y que el 6 de enero de 2017, la entidad le manifestó que dicha empresa no realizó pagos para los ciclos de 2011/02 a 2016/11, por lo que debía aportar la documentación que acreditara la relación laboral, y que el 2 de marzo de 2017, la demandada le indicó que la empresa solo efectuó cotizaciones hasta noviembre de 2010.

Agregó, que el 17 de mayo de 2017, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, y que mediante Resolución n.° 93767 de 12 de junio de 2017, Colpensiones se la negó, con el argumento de que no cumplía con el requisito establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de haber cotizado 1.300 semanas, por cuanto en su historia laboral solo aparecían reportadas 1.059 semanas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de noviembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 60)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Esgrimió, que,,aunque el demandante cuenta con la edad para acceder al derecho de la pensión, éste no acredita las semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de dicha prestación, como quiera que solo tiene 1.055 semanas efectivamente cotizadas. Agregó, que el actor no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1.° de abril de 1994 tenía 38 años y 349.29 semanas cotizadas.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, e

inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.° 63 - 77).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 15 de julio de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar, si el demandante reunía los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez prevista en la Ley 797 de 2003, por acreditar la edad legal de 62 años, el día 10 de mayo de 2017, y la densidad de semanas exigidas, con la inclusión de los ciclos que registraba en mora con el empleador METALPLUS S.A., dentro del lapso comprendido entre el 1.° de febrero de 2011, y el 17 de mayo de 2017.

Indicó, que el demandante reportaba en su historia laboral un total de 1.059 semanas, y que únicamente se allegaron al proceso, los comprobantes de nómina emitidos por el empleador METALPLUS S.A., entre el 15 de octubre y 31 de octubre de 2017, y entre el 1.° de noviembre y el 15 de noviembre de 2016, lo que equivalía a un total de 4.29 semanas, por que lo que con la inclusión de las mismas, el demandante no lograba completar las 1.300 semanas exigidas por la norma, para la estructuración del derecho a la pensión.

Esgrimió, que si bien se pudo acreditar que el actor arribó a la edad de 62 años, el día 17 de mayo de 2010, no se aportaron al

plenario los documentos consistentes en la certificación laboral emitida por la empresa METALPLUS S.A., y los comprobantes de nómina enunciados en el escrito de demanda, deficiencia esta, que impedía establecer los periodos realmente adeudados por la empresa aportante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que no le asistía la razón al *a quo,* de desestimar las pretensiones de la demanda aduciendo que no se acreditaron los extremos laborales que el actor laboró con la empresa METALPLUS S.A., por cuanto dentro del expediente administrativo del actor, reposa toda la documentación que, según la juez de instancia, no fue aportada al proceso.

Agregó, que dichos documentos también fueron aportados en copia simple con el escrito de demanda, y que incluso obra dentro del plenario una certificación laboral emitida por METALPLUS S.A., que da cuenta que el actor laboró para esta empresa, desde el 16 de agosto de 2010, hasta el 17 de mayo de 2017.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, si el demandante logró acreditar la existencia de un vínculo laboral con el empleador METALPLUS S.A, y de ser así, determinar a partir de qué fecha resulta procedente el disfrute de la pensión de vejez.

DE LA MORA DEL EMPLEADOR.

En reiterada jurisprudencia, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en la reciente sentencia SL-463 de 2021, la Corte aclaró que la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Sobre la mora del empleador y la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones, se ha dicho que estas no pueden afectar al trabajador para el reconocimiento pensional (CSJ SL2984 de 2015, entre otras muchas), y que para que el empleador sea condenado a pagar los aportes, *"es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia del vínculo laboral subordinado, bien bajo la égida de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria. Es decir, los periodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real."* (CSJ SL463 de 2021).

En el caso objeto de estudio, se tiene que el demandante indica que el empleador METALPLUS S.A., incurrió en mora en los aportes para el periodo comprendido entre el 1.° de febrero de 2011, y el 17 de mayo de 2017, e indicó en su recurso de apelación que contrario a lo afirmado por el *a quo*, las pruebas que acreditan dicha relación laboral, esto es, una certificación laboral expedida por METALPLUS S.A., y todos los comprobantes de nómina del periodo indicado, si fueron debidamente aportadas con el escrito de demanda, y obran a su vez, en el expediente administrativo del actor aportado por Colpensiones.

No obstante, esta sala, al revisar minuciosamente el expediente, evidenció que el demandante no enunció en el acápite pruebas la

referida certificación laboral, y que si bien si enunció los comprobantes de nómina hechos por METALPLUS S.A., no específico a que periodos correspondían los mismos (f.° 11)

Igualmente, al verificar los anexos de la demanda se constató que el actor no aportó la certificación laboral, y que únicamente aportó los comprobantes de nómina correspondientes al periodo comprendido entre el 1.° de noviembre de 2016, y el 15 de marzo de 2016, y del 16 al 31 de octubre de 2016 (f.° 57), y tampoco es cierto, que tales pruebas obren en el expediente administrativo del actor obrante a f.° 83.

Ahora bien, con las pruebas efectivamente arrimadas al plenario, se acreditó que, ***i)*** el demandante nació el 10 de mayo de 1995, y que cumplió los 62 años de edad, el mismo día y mes de 2017 (f.° 46); ***ii)*** que en su historia laboral aparecen un total de 1.059 semanas cotizadas (f.° 16 - 19); ***iii)*** que mediante Resolución n.° SUB 93767 de 12 de junio de 2017, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al actor con el argumento de que, solamente había cotizado un total de 7.415 días, esto es, 1.059 semanas, y que pese haber cumplió los 62 años de edad el 10 de mayo de 2017, no logró acreditar el requisito mínimo de semanas de cotización exigido en la artículo 9.° de la Ley 797 de 2003 (f.° 36 - 38), ***iv)*** y que dicha decisión fue confirmada mediante Resolución n.° 139001 de 28 de julio de 2017 (f.° 50 - 53).

Cabe resaltar, que en la Resolución n.° 139001 de 2017, la demandada indicó que, no se encontraron cotizaciones a nombre del actor por parte de METALPLUS S.A., para los ciclos 2011/02 a 2017/01, por lo que al presentarse una deuda en el reporte de semanas de la Historia Laboral, inició la gestión de cobro pertinente ante dicho empleador (f.° 51), y en la Resolución n.° DIR 16731 de 29

de septiembre de 2017, Colpensiones indicó que a la fecha no había recibido documentos que demostraran los extremos laborales con el empleador, por lo que se presumía omisión de la novedad de retiro para el ciclo 2011-01, por existir pagos hasta este periodo (f.° 49 - 56), lo que se puede corroborar con la historia laboral del accionante obrante de f.° 16 a 18, y de f.° 99 a 105.

Así las cosas, ante la falta de pruebas razonables o inferencias plausibles respecto de la existencia del vinculo laboral del actor con METALPLUS S.A., en los periodos que pretendía fueron tenidos en cuenta en su historia laboral, para poder acceder a la pensión de vejez, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 15 de julio de 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PILAR ACEVEDO OLAYA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A.,** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **009 2018 00078** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL3633-2021 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado al R.A.I.S., a través de Porvenir S.A., al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, e incumplir con el deber del buen consejo; se declare que Protección S.A. y Porvenir S.A. omitieron su deber de información, por ende, debe estar afiliada al R.P.M.P.D. En consecuencia, se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, los aportes cotizados en dicho régimen, y a su vez, a esta última a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 13 de abril de 1978 (f.° 63, 64).

Como fundamento factico relevante de sus pretensiones, señaló que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 13 de abril de 1978, donde aportó 618 semanas; el 16 de diciembre de 1997, se afilió a la A.F.P. Horizonte hoy Porvenir S.A., no obstante, el asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría del I.S.S., pues no le realizó una proyección pensional comparativa, simplemente utilizó como argumentos que podría pensionarse a cualquiera edad y que el Instituto de los Seguros Sociales se iba acabar, tampoco le informó las desventajas de su traslado, por lo que consideró que esa información fue sesgada y parcializada.

Adujo, que alcanzó los 47 años estando afiliada a Protección S.A. pero esta administradora no le informó con anterioridad la oportunidad que podía regresar al Régimen de Prima Media, ni la prohibición legal de hacerlo después de esta edad; actualmente cuenta con más de 1.327,72 semanas cotizadas en pensión; el 24 de

agosto de 2017, radicó formulario de traslado a Colpensiones y el 21 de noviembre siguiente, solicitó a Porvenir S.A. invalidar la afiliación recibiendo respuesta negativa a sus peticiones (f.° 64-66).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f. ° 80).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, para lo cual aceptó la afiliación al régimen de prima media, el número de semanas cotizadas en el I.S.S., la reclamación administrativa y su respuesta negativa, dado que a la demandante le falta menos de 10 años para pensionarse. En su defensa, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado, ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de activar la afiliación en Colpensiones, buena fe, prescripción y compensación (f. °105-112).

Porvenir S.A., también se opuso al éxito de las pretensiones, dado que la demandante se trasladó al R.A.I.S. de manera voluntaria, sin embargo, cuando solicitó el traslado a Colpensiones la respuesta fue negativa. Formuló como excepciones las denominadas prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haberse tramitado el formulario de afiliación, debida asesoría del fondo, y prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo (f.° 124-130).

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones y adujo la demandante en la actualidad es su afiliada. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por

ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.° 148-167).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f. ° 82, 83).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9.° Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 13 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual a través de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.; en consecuencia, ordenó a Protección S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, sin descuento alguno por gastos de administración, ni seguros de invalidez y sobrevivencia; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

Motivó la decisión, en que las administradoras del R.A.I.S. no demostraron haber brindado a la demandante la información completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias que implicaba para su futuro pensional, el traslado de régimen (f.° 201, 202).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, argumentó que no podía saber que el traslado de la demandante se encontraba viciado de nulidad, sumado a que tal decisión resulta gravosa para la sostenibilidad financiera del sistema que administra.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante resulta ineficaz por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL3633-2021 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 28 de enero de 2021, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

> *«(...)* [L]*a suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como* «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» *u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado. (...)*
>
> *(...)* [E]*l deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor -16 de diciembre de 1997-, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer* «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» *(numeral 1.°, artículo 97 Decreto 663 de 1993) –vigente para la citada fecha-, premisa que implica una 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; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible. (...).*
>
> *(...)* [L]*a reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto*

del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. (…)

(…) [A] *partir del instituto de la ineficacia en sentido estricto, (…) no se exige la presencia de vicios en el consentimiento, sino que le basta al afiliado alegar el incumplimiento del deber de información de la administradora para que opere una inversión de la carga de la prueba, independientemente de que esta sea o no beneficiario del régimen de transición (…).*

(…) [L]*a Corte no ha condicionado su jurisprudencia a que el afiliado demuestre na expectativa legítima de pensionar, ni tampoco tendría justificación constitucional otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros. (…)*

(…) [L]*as administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. En ninguna de ellas se afirma o se insinúa que solo se aplique a los beneficiarios del régimen de transición (…).*

(…) [E]*l deber de información recae de manera estricta en las AFP (…).*

(…) [L]*a declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez 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 la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. (…)*»

Además, la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación, hicieron referencia a las sentencias SL, 19 may. 2005 rad. 23120, SL, 5 dic. 2006 rad. 28552, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, SL, 22 ene. 2013 rad. 40993, SL, 8 may. 2013, rad. 49741, SL12136-2014, SL19447-2017, AL1663, AL3807, SL4964 y SL4989 de 2018, SL1421, SL1688, SL1689, SL4559, SL4426, SL1452 de 2019, y SL2877-2020.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 21 de junio de 1961 (f.° 3); ***ii)*** prestó servicios como docente a la Secretaria de Educación Departamental de Santander desde el 13 de

abril de 1978 hasta el 31 de julio de 1983, tiempo cotizado al Instituto de Previsión Social de Santander (f.° 35-40); ***iii)*** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, en donde completó 225.57 semanas de cotización entre el 14 de junio de 1984 y el 31 de diciembre de 1997 (f.° 50, 51, 98-101); ***iv)*** que el 16 de diciembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte (f.° 116), con fecha de efectividad desde el mes de febrero de 1998 según reporte de Asofondos (f.° 117); ***v)*** que el 15 de septiembre de 1999, realizó traslado horizontal a la A.F.P. ING PENSIONES Y CESANTÍAS (f.° 147); ***vi)*** que finalmente, el 21 de abril de 2008, se trasladó a Protección S.A., donde continúa actualmente afiliada, con un total de 1382.43 semanas de acuerdo con la historia laboral que obra de f.° 41 a 49 y 135 a 143; y ***vii)*** que, en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Máxima Corporación, que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Protección S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de pensional, en los

términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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 apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STL3633-2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Enj4ZOsWHQ1EqSd4bZjoYN8B8y7ui2tWl0uy3kXDPspYAw?e=S008DP

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **009 2018 00497 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado 9.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que tiene 1337 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; que el 16 de diciembre de 2016, se retiró en forma definitiva de dicho sistema; que tiene un hijo que ha sido diagnosticado por Colpensiones con tumor maligno de la médula espinal, y una pérdida de capacidad laboral del 50%, y que por su condición de madre trabajadora cumple con las condiciones establecidas para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003.

Consecuencialmente, que se condenara a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión especial de vejez, a partir del 16 de diciembre de 2016, con una mesada pensional inicial de $1.200.000; los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de agosto de 1967; que laboró para diferentes empresas del sector privado, siendo la última Almacenes Éxito, de la cual se retiró el 16 de diciembre de 2016; que cotizó un total de 1337 semanas en Colpensiones; que tiene un hijo de 25 años de edad, el cual fue diagnosticado por Colpensiones, con una pérdida de capacidad laboral del 50%, de origen común, y con fecha de estructuración del 4 de diciembre de 2008; que el 14 de febrero de 2018, solicitó ante Colpensiones, la pensión especial de vejez, y que mediante Resolución n.º SUB 89858 de 6 de abril de 2018, la entidad le negó el derecho pensional, con el motivo de que en la declaración

extra proceso allegada por ella, no se hizo referencia a su condición de madre cabeza de familia, ni tampoco se hizo alusión al padre del joven.

Agregó que, el 30 de abril de 2018, presentó escrito denominado *"Inconformidad Resolución n.º 89858"*, con el cual aportó declaración extra proceso que satisfacía las falencias anotadas por la entidad, y que mediante Resolución n.º SUB 126445 de 10 de mayo de 2018, Colpensiones le negó la pensión con el argumento de que al momento de presentar la solicitud no se encontraba activa en el sistema, por cuanto la última cotización la efectuó para el periodo 2017/08.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 75).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a la pretensión de que se declarara que la demandante es beneficiaria de una pensión anticipada por hijo inválido, por cuanto no cumple con los requisitos consagrados para dicho beneficio, en el parágrafo 4.° del artículo 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de falta de los requisitos legales para acceder a la prestación, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, y prescripción (f.º 98 - 106).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

de 20 agosto de 2020, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción denominada *"Falta de los requisitos legales para acceder a la prestación"*, y condenó en costas a la demandante.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por hijo inválido a cargo, y de ser así, si había lugar al pago de los intereses moratorios por las mesadas pensionales dejadas de recibir.

Señaló, que el inciso 2.º del parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 establece como requisitos para acceder a la prestación reclamada, los siguientes: ***i)*** el haber cotizado al sistema general de pensiones el mínimo de semanas exigidos en el R.P.M.; ***ii)*** que el hijo del afiliado sufra una invalidez física o mental debidamente calificada, ***iii)*** y que este dependa económicamente de su progenitor.

Esgrimió, que con el acervo probatorio allegado al proceso se acreditó que la demandante había cotizado un total de 1.337.29 semanas, y que su hijo había sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 50%, de origen común, con fecha de estructuración de 4 de diciembre de 2008, por lo que en principio le asistía el derecho a la pensión especial de vejez por hijo a cargo.

No obstante, aseveró que las pruebas obrantes en el expediente no permitían colegir el cumplimiento del requisito de la dependencia económica de su hijo, respecto de ella, como quiera que la declaración extra juicio rendida por la propia demandante no tiene la virtud de acreditar dicha situación, pues a nadie le es permitido constituir su propia prueba.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **PARTE DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad.

Arguyó, que con las pruebas aportadas al proceso se demostró que la demandante tiene un total de 1337.29 semanas cotizadas, como se evidencia en la historia laboral expedida por Colpensiones, y que su hijo Camilo Andrés Bello, presenta una pérdida de capacidad laboral de 50%, conforme al dictamen emitido por la misma entidad, en el cual, le fue diagnosticado un tumor maligno de médula espinal, y disfunción de vejiga sexual y respiratoria, que lleva consigo la necesidad de realizar cateterismo cada 4 horas, situación esta, que demuestra que Camilo Andrés depende íntegramente de su progenitora para realizar sus actividades diarias.

Esgrimió, que actualmente el joven no se encuentra laborando; que le ha sido imposible acceder al mercado laboral por su condición, así como que su madre no trabaja desde el año 2016, por estar dedicada íntegramente al cuidado de su hijo, siendo su mano derecha en cada actividad cotidiana que debe realizar, y que estas situaciones demostraban que la demandante cumplía con la totalidad de los requisitos dispuestos en la ley para recibir la pensión especial de vejez.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, según lo previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo. La sala

tendrá como problema jurídico, verificar si la actora logró acreditar que su hijo, depende económicamente de ella, para luego establecer si es beneficiaria, o no, de la pensión de vejez contemplada en el inciso 2.º del parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ POR HIJOS INVÁLIDOS.

El inciso 2.º del parágrafo 4.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, establece que los padres trabajadores cuyos hijos padezcan de invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezcan en este estado y continúen como dependiente de sus padres, tienen derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que hayan cotizado al Sistema General de Pensiones, cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Sobre dicha prestación, en sentencia SL17898 de 2016, nuestro órgano de cierre precisó:

" (…) En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma."

En el presente caso, no fue objeto de discusión que ***i)*** Camilo Andrés Bello Hernández, es hijo de la aquí demandante, conforme al registro civil de nacimiento allegado al proceso (f.º 27); ***ii)*** que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones, de 29 de noviembre de 2017, se le determinó una pérdida de capacidad laboral de 50% de origen común, con fecha de

estructuración de 4 de diciembre de 2008 (f.º 22 - 25), ***iii)*** y que la actora cotizó a 31 de junio de 2017, último día en el que efectuó aportes, un total de 1337.29 semanas, de acuerdo con la historia laboral obrante en el expediente administrativo (f.º 117).

En este orden, la actora acredita dos de los requisitos establecidos en la ley para acceder a la pensión de vejez especial por hijo inválido, por cuanto efectivamente acreditó el mínimo de semanas exigido en el R.P.M. para acceder a la pensión de vejez, y porque su hijo padece una invalidez debidamente calificada.

Ahora bien, respecto del requisito de dependencia económica, observa la sala que la actora pretende la demostración del mismo, mediante la declaración extra juicio n.º 1231 de 25 de abril de 2018 (f.º 45), suscrita por ella misma, en la que manifiesta ser madre cabeza de familia, y que su hijo, Camilo Andrés Bello Hernández, depende económicamente de ella.

Tal declaración extra juicio para esta sala, carece de fuerza persuasiva para demostrar la dependencia económica, por cuanto ello equivaldría a avalar que la demandante cree su propia prueba acorde con sus intereses. Sobre este punto, resulta oportuno traer a colación lo indicado en sentencia de 4 de septiembre de 2002, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rad. 16168, en donde se dijo que *"el documento en que se expresa por una de las partes la ocurrencia de un hecho que le favorece, no es prueba de su existencia, porque ello iría contra el principio según el cual la parte no puede fabricar su propia prueba»,* y en la CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, dijo: *«[..] no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio».*

Así las cosas, comparte esta sala la apreciación hecha por el *a quo,* de que la declaración extra juicio rendida por la propia demandante no tiene la virtud de acreditar la situación de dependencia económica, pues de los anteriores derroteros jurisprudenciales se colige que a nadie le es permitido constituir su propia prueba.

De otra parte, no comparte esta sala la apreciación hecha por el *a quo* de que, con las pruebas restantes obrantes en el plenario, es posible determinar la dependencia económica de Camilo Andrés Bello respecto de la demandante, por cuanto con la historia laboral de la actora simplemente logra acreditarse el cumplimiento de las semanas exigidas, y con el dictamen de pérdida capacidad laboral de este, su grado de invalidez en un 50%.

Así las cosas, como la declaración extra juicio rendida por la propia demandante, no tienen vocación por si sola de acreditar el condicionamiento de la dependencia económica, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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,

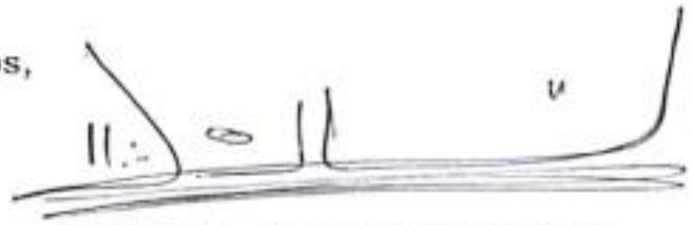
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA GÓNGORA RÍOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **015 2019 00418** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió la demandante, que se declare la nulidad de su vinculación al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., por lo que consecuencialmente, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar todos los valores o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, quien deberá aceptar tal vinculación al R.P.M., recibiendo el traslado de los aportes, rendimientos financieros y la devolución de cobros de administración.

Para el efecto, manifestó que inicialmente estuvo vinculada al R.P.M. y el 14 de septiembre del 2000 se trasladó a PORVENIR S.A., fondo que la indujo de manera equivocada a trasladarse al R.A.I.S., pues sus asesores le indicaron que con su afiliación no perdería los beneficios pensionales del R.P.M., no se le indicaron los eventuales riesgos que generaría el traslado, y no le brindó una información suficiente, veraz y objetivamente verificable respecto de la decisión de trasladarse; así mismo, señaló que posteriormente se vinculó a PROTECCIÓN S.A., donde actualmente continúa afiliada.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a COLPENSIONES, el 13 de marzo de 2019, pero esta entidad guardó silencio (f.° 3-21).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 74).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que el traslado realizado por la

demandante se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y buena fe (f.° 77-84).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, toda vez que el acto de traslado de la demandante fue válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, sumado a que la demandante fue plenamente consciente e informada del procedimiento y del cambio de régimen pensional que estaba efectuando.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al R.A.I.S., e inexistencia de la obligación de devolver el pago del seguro previsional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al R.A.I.S. (f.° 137-159).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en la medida que la afiliación de la demandante con ésta A.F.P. goza de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, e inexistencia de la obligación (f.° 204-230).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.° 75).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de febrero de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante el día 14 de septiembre de 2000, del R.P.M. al R.A.I.S., a través de la administradora PORVENIR S.A., igual suerte corre el traslado horizontal efectuado por ella a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra afiliada; por lo que, la última de las entidades mencionadas, deberá trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual al R.P.M. a través de COLPENSIONES, quien deberá recibir estos recursos, acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en su historia laboral, teniendo en cuenta, para todos los efectos, como si nunca se hubiese trasladado al R.A.I.S.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía

Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 20 de mayo de 1961 (f.° 37); ***ii)*** que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1.° de febrero de 1985, donde cotizó un total de 292,14 semanas (f.° 85-87); ***iii)*** que el 14 de septiembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme a la certificación SIAF - ASOFONDOS allegada al proceso (f.° 161), y que el 17 de septiembre de 2003, se afilió a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., de acuerdo con la solicitud de vinculación visible a folio 160, donde actualmente se encuentra vinculada.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema

general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar*

con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador 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.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con

sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, en la solicitud de vinculación visible a folio 160, se avizora uno de los formularios que la demandante suscribió el 17 de septiembre de 2003, con la A.F.P. SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y

[1] CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722
[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos aportes, rendimientos, intereses y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de administración, que posea la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *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"*[3], por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 14 de septiembre de 2000, así como su posterior afiliación a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 10 de febrero de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

---

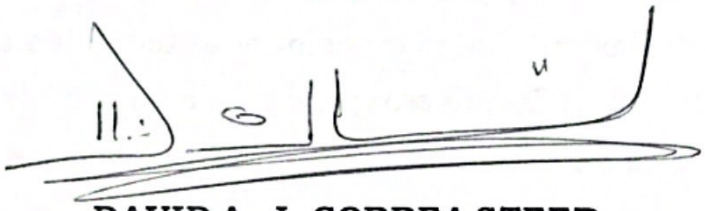
[3] SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA