



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA TERESA CALDERÓN GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 017 2019 00504 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 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 el demandante contra la sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 26 de junio de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez tomando como base el 78% del promedio de las últimas 100 semanas cotizadas, de conformidad con los Decretos 3041 de 1966 y 2879 de 1985, a indexar el I.B.C. de dicho período y el I.B.L. hasta el 30 de mayo de 1989, a actualizar la mesada pensional desde la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez a la actualidad, así que debe pagar las diferencias entre el valor pensional reconocido y el que se reliquide o reajuste a partir del 1.º de junio de 1989, hasta la fecha en que se efectúe el pago, más los intereses moratorios o sanción moratoria, en su defecto la indexación de las sumas que se causen (f.º 3, vto).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 1.º de noviembre de 1930, cumplió 55 años de edad en 1985, data en la que además contaba con 895 semanas dentro de los últimos 20 años; el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución n.º 02876 de 1989, a partir del 3 de octubre de 1988, en cuantía inicial de \$62.567, de conformidad con los Decretos 3041 de 1966 y 2879 de 1985, a razón de 1048 semanas cotizadas sobre un salario mensual base de \$83.423.12 de las últimas 100 semanas, al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 75%; reclamó administrativamente el 14 de octubre de 2014, el 6 de febrero de 2018, pero las solicitudes fueron negadas mediante Resoluciones n.º GNR-66685 de 2015, SUB-41272, SUB-68165, SUB-180659 y DIR-12825 de 2018, donde la demandada liquidó la prestación con el promedio de las últimos 98 semanas de cotización, equivalentes a 690 días sin indexar la base salarial hasta la fecha del último aporte, esto es, el 30 de mayo de 1989 (f.º 3 vto, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 30), quien contestó con oposición con el argumento de que en Resolución n.º DIR 12825 de 2018 se reliquidó la pensión con un I.B.L. de las últimas 100 semanas, es decir, entre el 4 de octubre de 1986 y el 3 de octubre de 1988, lo cual al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% arrojó una mesada de \$1.205.369, siendo más favorable la que ya se le había reconocido con anterioridad; propuso como excepciones de mérito las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 53-63).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 51).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 26 de junio de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que la conclusión a la que llegó Colpensiones en la Resolución n.º SUB-180659 de 2018, es correcta, en la medida en que la entidad sí tomó en cuenta para liquidar la prestación otorgada, las últimas 100 semanas, por haber sido estudiado el derecho con base en el Decreto 3041 de 1966, con un total de 1088.86 semanas de cotización [sic].

Agregó, que por las primeras 500 semanas se tiene una tasa de

reemplazo del 45%, y frente a las restantes 588.86 semanas que corresponderían a semanas adicionales el aumento se aplica en proporción del 1.2% por cada 50 semanas cotizadas, entonces 588.86 dividido en 50 nos arroja 11 grupos de 50 semanas, y ese resultado se multiplica por el 1.2% de aumento lo que arroja un total de 14.12%, por ello, al 45% que correspondiente a las primeras 500 semanas se le suman el 14.12% de las 588.86 semanas restantes, lo que arroja una tasa de reemplazo del 59.12%, por lo que observó que la tasa aplicada por la entidad resultó muy favorable a la demandante pues finalmente aplicó el 75%, así que no existe omisión alguna de parte de la entidad demandada.

Adujo, que encontró establecido que el extinto I.S.S., para encontrar el ingreso base de liquidación, trajo al valor presente, es decir a la fecha en que reconoció la prestación, todos los salarios con los cuales había cotizado la demandante en las últimas 100 semanas, porque año a año le aplicó los reajustes de acuerdo al índice de precios al consumidor, con la advertencia de que la última cotización, se realizó el 16 de julio de 1989 (f.º 138-140).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante en su recurso, solicitó que se aplique el Decreto 3041 de 1966, pero con la modificación introducida por el Decreto 2879 de 1985, para efectos de establecer la tasa de reemplazo, y actualizar la base salarial teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas, normativa que estaba vigente para la época en que adquirió el estatus de pensionada, y que establece un 3% de tasa de reemplazo adicional por cada 50 semanas posteriores a las primeras quinientas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si hay lugar o no, a modificar la tasa de reemplazo que aplicó el extinto I.S.S. al reconocer la pensión de vejez de la demandante, y si resulta viable actualizar la base salarial con el fin de calcular la primera mesada pensional.

Está al margen de la discusión lo siguiente: *i)* la demandante nació el 1.º de noviembre de 1930, por lo que cumplió 55 años de edad en el año 1985, y en la actualidad cuenta con 90 años (f.º 47); *ii)* El Banco de Colombia le reconoció una pensión legal de jubilación proporcional, a partir del 11 de abril de 1966, por haber prestado sus servicios desde el 3 de diciembre de 1947, hasta aquella data (CD f.º 71); *iii)* cotizó 1088.86 semanas al régimen de prima media con prestación definida entre el 1.º de marzo de 1968 y el 16 de julio de 1989 (f.º 13, vto, CD f.º 71); cotizaciones con las cuales, el extinto I.S.S. le reconoció la pensión legal de vejez mediante Resolución n.º 02876 del 24 de mayo de 1989, a partir del 3 de octubre de 1988 en cuantía inicial de \$62.567 mensuales, para lo cual se basó en que cotizó un total de 1048 semanas entre el 1.º de marzo de 1968 y el 3 de octubre de 1988, con lo que obtuvo un salario base de \$83.423.12, al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 75% (f.º 10, 11).

Teniendo en cuenta la fecha de causación de derecho, ni el *a quo*, ni Colpensiones, se equivocaron al estudiar la prestación con base en el Acuerdo 226 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que en cuanto a los requisitos que validan ese derecho, se estableció en el artículo 11, modificado por los Acuerdos 016 y 029 de 1983, aprobado por el Decreto 1900 del mismo año, que se deben tener en el caso de las mujeres, 55 o más años de edad, y haber

acreditado un número de 500 semanas de cotización, pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Estas exigencias, las cumplió a cabalidad la demandante, y sobre ello no hubo discusión, en la medida en que acreditó la edad el 1.º de noviembre de 1985, época para la que además, tenía un total de 896.57 semanas, con las que superaba incluso el mínimo exigido dentro de los últimos 20 años (500 semanas), tanto a esa data, como a la fecha de la solicitud, completando las 1000 semanas requeridas el 4 de noviembre de 1987, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 18 de septiembre de 2019, y la historia laboral tradicional allegada por Colpensiones dentro del expediente administrativo aportado en medio óptico visible a f.º 71.

Sin embargo, el 3 de octubre de 1988, cuando solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el extinto Instituto de Seguros Sociales, la demandante completó 1048 semanas de cotización, de ahí que dicha entidad hubiera tenido en cuenta dicho número para efectos de totalizar los aportes con el fin no solo de reconocer en forma retroactiva la prestación, en los términos reseñados de la Resolución n.º 02876 de 1989, sino para liquidar el I.B.L. pensional y asignar la tasa de reemplazo correspondiente.

En este punto, se debe precisar, que el acto de desafiliación al régimen pensional puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, tales como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 1º feb. 2011 rad. 38776,

SL4611-2015; SL 18447 y SL5603 de 2016, SL9036-2017, SL3114, SL4219 y SL963-2018, y SL1028-2019); de modo que, fue acertada la decisión del extinto Instituto de Seguros Sociales en reconocerle la pensión a partir del 3 de octubre de 1988, porque para esa época ya había reunido los requisitos exigidos por la norma en cita, y además, solicitó el reconocimiento del derecho pensional ese día, actuaciones de donde la entidad podía inferir su intención de cesar la vinculación al sistema como afiliada y así adquirir el estatus de pensionada.

Por lo anterior, la entidad calculó el I.B.L. y aplicó correctamente la tasa de reemplazo del 75%, sobre los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas 100 semanas de cotización, como da cuenta la hoja de prueba suscrita por el Revisor de documentos de la Auditoría Especial del extinto Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca (CD f.º 71), pues a diferencia de lo considerado por el *a quo*, lo hizo de conformidad con lo establecido en el artículo 1.º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, en la medida en que dicha normativa derogó entre otros, el artículo 15 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041 de 1966, que establecía cómo integrar la pensión de vejez regulada en el artículo 11 de esta última norma, modificado por los Acuerdos 016 y 029 de 1983, aprobados por el Decreto 1900 del mismo año.

Además, aun cuando la demandante siguió cotizando de manera libre, voluntaria, y por su propia cuenta y riesgo, hasta el 16 de julio de 1989 para completar 1088.86 semanas, tal circunstancia no habilita a la entidad a incrementar la tasa de reemplazo como lo pretende equivocadamente la apelante, del 75% al 78%, pues precisamente se le reconoció y pagó la pensión en forma retroactiva desde el 3 de octubre de 1988, sin que frente a la fecha de disfrute hubiere existido discusión alguna.

Aunado a ello, en lo que tiene que ver con la actualización de la base salarial, es de anotar, que esta Sala no desconoce que el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional, incluida la base salarial, se aplica a todas las pensiones reconocidas en cualquier tiempo, y sin importar si son de origen convencional o legal, dado que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación, es un fenómeno que afecta por igual a todos los jubilados del país, y por lo tanto, es ajustado al equilibrio social que cualquier persona que haya obtenido el reconocimiento y el pago de su pensión, y empiece después a disfrutarla, encuentre ajustado su valor y monto a la realidad económica de ese preciso instante del reconocimiento, y no a una realidad económica anterior, en el que seguramente ya se ha envilecido la moneda de curso legal (CSJ SL736-2013, SL16180-2015, SL17197-2016 y SL5744-2017).

No obstante lo anterior, se debe advertir, que aun cuando la jurisprudencia ordinaria laboral y constitucional establezcan la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional de cualquier tipo de pensión, en relación con las pensiones reconocidas en aplicación directa e integral de los mencionados Acuerdos 226 de 1966 y 029 de 1985, dicha indexación **no** es viable jurídicamente, porque para hallar el salario base de este tipo de pensiones, se debe acudir al artículo 1.º del último Acuerdo citado, que dispone que este se obtiene de multiplicar el factor 4.33 con la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas 100 semanas.

Es decir, que como la pensión de vejez que está a cargo hoy de Colpensiones, fue reconocida por aplicación directa e integral de los reglamentos del extinto Instituto de Seguros Sociales, no es admisible imponer a la demandada la obligación de actualizar las cotizaciones efectuadas para acceder a la pensión de vejez conforme el artículo 11

del citado Acuerdo 226, pues tal situación la debe asumir la afiliada, en la medida en que esta pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa referenciada.

Lo anterior es así, porque la prestación pensional de la demandante fue reconocida no con base en el salario devengado por ella, sino conforme a un número de **semanas** que logró **cotizar**, es decir, distinto a otros casos en los que se analiza el **salario devengado** por el trabajador; de donde se desglosa que lo que de fondo se pretende en esa acción, es la indexación de las cotizaciones que sirvieron de sustento fáctico al reconocimiento del derecho prestacional de María Teresa Calderón Gómez, y ello, en verdad, no es procedente, dado que antaño, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que se **indexan los salarios** mas no, las semanas de cotización aportadas a la entidad de seguridad social, al margen de si la prestación se causó antes o después de la entrada en vigencia de la Carta Política (CSJ SL, 10 jun. 2005 rad. 23798, SL, 6 jul. y 30 ago. 2011 rad. 39542 y 41852, SL, 30 oct. 2012 rad. 49360, SL, 17 abr. 2013 rad. 44821, SL629-2013, SL12153, SL11379, SL13183, SL16796, SL15680 y SL16727 de 2015), razonamiento que se mantiene indemne y pacífico en sentencias más recientes, como la SL6613-2017, SL5152-2018, SL945 y SL4016-2019.

Así las cosas, que realmente es bajo los anteriores razonamientos, que se **confirmará** entonces la absolución impartida. Sin costas en la instancia, 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,

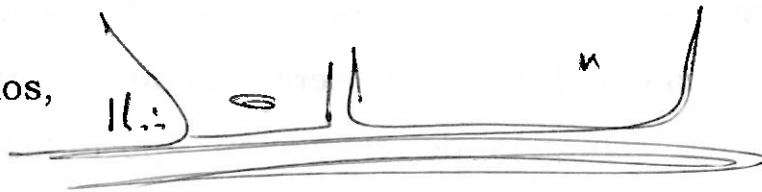
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 26 de junio de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., **pero** de acuerdo con lo expuesto 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

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjklD5P4BelQ?e=aUMier



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ARMANDO CASILIMAS CORTÉS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 028 2018 00455 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, 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 demandada - Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se condenara a Colpensiones a reliquidarle y pagarle la pensión, a partir del 1.º de junio de 2009, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de los aportes efectuados durante toda su vida laboral, por contar con más de 1.250 semanas cotizadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; a reconocerle el incremento adicional del 14% por persona a cargo, su cónyuge la señora Milber Aguirre Aguirre, conforme a lo señalado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; a pagarle las sumas adeudadas debidamente actualizadas de conformidad con la certificación expedida por el DANE; a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que el día 7 de abril de 2009, radicó solicitud de pensión ante el I.S.S.; que mediante Resolución n.º 024285 de 1.º de mayo de 2009, le fue reconocida la pensión de vejez, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, y que la pensión le fue liquidada teniendo en cuenta 1630 semanas cotizadas.

Sostuvo, que el día 24 de junio de 1976, contrajo matrimonio católico con la señora Milber Aguirre Aguirre, quien depende económicamente de él; que ha convivido con ella por más de 42 años compartiendo techo, lecho, y mesa, y que procrearon dos hijos, pero que el I.S.S., al momento de reconocerle la pensión, no tuvo en cuenta el reconocimiento del 14% por cónyuge a cargo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de septiembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 43).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Adujo que, los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados a derecho, y que el incremento del 14% se encuentra prescrito.

Propuso las excepciones de prescripción, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, y buena fe (f.º 47 - 50).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 10 de marzo de 2020, condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez reconocida al actor; indicó, que el monto de la primera mesada pensional para junio de 2009, asciende a la suma de \$670.582; declaró probado la excepción de prescripción, en relación con los reajustes pensionales con anterioridad al 8 de junio de 2014; condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la diferencia pensional causada a su favor, retroactivo que para febrero de 2020, corresponde a la suma de \$13.556.263.54, monto que deberá ser indexado al momento en que se efectúe el correspondiente pago; la condenó en costas, y la absolvió de las demás pretensiones.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si al actor le asistía el derecho de la reliquidación de su mesada pensional, y del pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, con la indexación de los dineros que se llegaren a reconocer en el trámite.

Indicó, que no era objeto de controversia que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto en la Resolución n.º 024285 el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez bajo los parámetros normativos del Decreto 758 de 1990.

Adujo, que para determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, debe tenerse en cuenta si para el 1.º de abril de 1994, le faltaban más, o menos, de 10 años para adquirir su derecho pensional.

Esgrimió, que en el presente caso, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho pensional, ya que nació el 4 de enero de 1949, por lo que, el I.B.L. debía calcularse tal como lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el promedio del ingreso calculado sobre los ingresos de toda su vida laboral.

Expresó, que era procedente la reliquidación de la primera mesada pensional del actor, como quiera que acredita un total de 1622.86 semanas cotizadas, y que conforme a la liquidación efectuada por el grupo liquidador, se concluyó que el ingreso base de liquidación del demandante durante su vida laboral, esto es entre el 1.º de septiembre de 1970 y el 31 de mayo de 2009, corresponde a la

suma de \$745.091.44, por lo que al aplicarse la tasa de reemplazo del 90%, se obtiene como primera mesada pensional la suma de \$670.582.30, monto que resulta superior al calculado por la demandada, al momento de reconocer la prestación de vejez al demandante.

Respecto del incremento del 14%, arguyó que como este solo procede para afiliados que directamente consolidaron su derecho pensional bajo la vigencia del Acuerdo 049, y no para quienes se vieron beneficiados por la protección del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía absolverse a la entidad demandada de las pretensiones derivadas de la prosperidad del incremento pensional por persona a cargo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicitó en su recurso, que fuera revocado el numeral 5.º de la sentencia, referente a la condena en costas. Expresó, que el artículo 365 del Código General del Proceso tiene como objeto condenar en costas a quien se opone a la sentencia, como quiera que es con ocasión de unas fórmulas matemáticas y no en derecho.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, según lo previsto en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad. Se tendrán como problemas jurídicos los siguientes: *i)* establecer si en el presente caso resulta procedente disponer la

reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el actor; **ii)** si tiene derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo previsto en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, **iii)** y lo relativo a la condena en costas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario **i)** que el demandante nació el 4 de enero de 1949, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2009 (f.º 11); **ii)** que mediante la Resolución n.º 024285 de 2009, el extinto I.S.S. le reconoció la pensión de vejez, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1.º de junio de 2009, en cuantía inicial de \$521.699, teniendo en cuenta un total de 1.610 semanas de cotización y un I.B.L. de \$579.666 al que se le aplicó una tasa de reemplazo de equivalente al 90% (f.º 15); **iii)** que cotizó un total de 1622.86 semanas en pensiones, entre el 1.º de septiembre de 1970 y el 31 de diciembre de 2008, de acuerdo con su historia laboral (f.º 21 a 23), **iv)** y que el 24 de junio de 1976, contrajo matrimonio por el rito católico con la señora Milber Aguirre Aguirre (f.º 13).

VERIFICACIÓN LIQUIDACIÓN I.B.L. PENSIÓN DE VEJEZ - ACUERDO 049 de 1990.

Para efectos de liquidar la pensión de vejez que regula el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es de advertir 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, pero no el ingreso base de liquidación de la legislación anterior que quedó gobernado por el inciso 3.º del artículo 36, o por el artículo 21, según el tiempo que le hiciera falta al afiliado para pensionarse, desde la entrada en vigencia del Sistema

General de Pensiones (CSJ SL407-2013, SL 5594-2018 y SL436-2019).

En este caso, como a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al demandante le hacían falta más de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, el I.B.L. pensional se liquida conforme al artículo 21 *idem*, es decir, con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o con el promedio del ingreso calculado sobre los ingresos de toda su vida laboral, teniendo en cuenta que el actor cotizó más de 1250 semanas, siempre que este cálculo le resulte más favorable. A dicha suma, debe aplicársele la tasa de reemplazo del 90%, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue reconocido por la entidad en Resolución n.º 024285 de 2009 (f.º 15).

Efectuadas las operaciones matemáticas del caso, de conformidad con la liquidación que se anexa a la presente providencia para efectos ilustrativos de las partes y apoderados, la Sala obtuvo un I.B.L. superior al calculado por Colpensiones en la Resolución n.º 024285 de 2009, por cuanto el ingreso base de liquidación del demandante durante toda su vida laboral arrojó la suma de \$751.902.00, y al aplicarle la tasa de reemplazo del 90%, se obtuvo como primera mesada pensional el valor de \$676.582.30, esto es, un monto superior en \$154.883 al calculado por Colpensiones, dado que la demandada calculó el valor de la misma en \$521.699.

Así las cosas, es claro para esta sala que como la liquidación que se anexa arrojó una mesada inicial superior a la pagada actualmente por la llamada a juicio, como también lo determinó *el a quo*, como se desprende de la liquidación que se anexó a la sentencia

de primera instancia, obrante en el expediente de f.º 70 a 73, debe **confirmarse** lo resuelto por el juez de instancia sobre este tópico.

DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14%.

Sobre Los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo, debe decirse que contrario a lo que adujo el *a quo*, estos no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibídem* (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517; SL, 5 dic. 2007, rad. 29751; y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la Resolución n.º 024285 de 2009 (f.º 15), aunado a que se acreditó la calidad de cónyuge del demandante, de la señora Milber Aguirre Aguirre, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 24 de junio de 1976 (f.º 13), y la dependencia económica total de esta, respecto del señor Armando Casalimas Cortés, con la declaración extrajuicio rendida por María Deyanira Proaños de Fernández (f.º 37 - 38), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos,

máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe

entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 024285 de 2009, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 15), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 8 de junio de 2017 (f.º 14), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, sobre este punto se **confirmará** la sentencia apelada y consultada pero por los motivos aquí expuestos.

DE LA CONDENA EN COSTAS.

Sobre la inconformidad de la parte demandada, respecto de la condena en costas impuesta por el *a quo*, que incluyó como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$1.500.000, debe anotarse que de acuerdo con lo dispuesto en el n.º 5.º del artículo 366 del Código General del Proceso, ésta solo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, motivo por el que la sala no está habilitada para emitir pronunciamiento alguno al respecto, pues este no es el momento procesal dispuesto para ello.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión apelada y consultada.

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 marzo de 2020, por el Juzgado 28 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

Aclaro Voto



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALIRIO ARMANDO RAMÍREZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2016 00620 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 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 demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de su traslado al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A., efectuado el 22 de septiembre de 2003, así como las posteriores afiliaciones a PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; consecuentemente, se condene a OLD MUTUAL S.A. a devolver a COLPENSIONES el valor acreditado en su cuenta de ahorro pensional, junto con los intereses, rendimientos y bonos pensionales, sin que pueda deducirse suma alguna por concepto de administración; así mismo, se ordene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el R.P.M.

Adicionalmente, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, como beneficiario del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como el correspondiente retroactivo de la mesada pensional y sus intereses moratorios; y finalmente, se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios causados por la omisión de información al momento de la afiliación.

En lo que interesa a la alzada, sustentó sus pretensiones, en que nació el día 11 de abril de 1954; se afilió al extinto I.S.S. el día 4 de mayo de 1971, donde para el 1.º de abril de 1994 acumulaba un total de 905 semanas cotizadas y para el 31 de octubre de 2003, acreditaba más de 1.225 semanas cotizadas, razones por las cuales es beneficiario del régimen de transición, por lo que le es aplicable el Decreto 758 de 1990, y por su edad y densidad de semanas tenía una expectativa legítima de adquirir su derecho a la pensión.

Señaló, que se trasladó al R.A.I.S. administrado por BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 22 de septiembre de 2003, entidad que al momento del traslado y conociendo previamente sus antecedentes pensionales, no lo asesoró respecto de las consecuencias negativas que acarrearía su traslado de régimen; que el 1.º de agosto de 2013, se afilió a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A., fondo que tampoco le brindó una asesoría completa respecto de su situación pensional.

Finalmente, indicó que el día 28 de octubre de 2015, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación en el R.P.M., pero la entidad no accedió a tal pedimento (f.º 418 - 437).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La reforma a la demanda se admitió el 21 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 438).

OLD MUTUAL S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que no fue a través de ésta A.F.P. que se efectuó el traslado inicial del demandante al R.A.I.S., sino que se llevó a cabo a través de HORIZONTE S.A. Además, el demandante no allegó, si quiera prueba sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación. Finalmente, arguyó que el demandante se encuentra válidamente vinculado al R.A.I.S., decisión que convalidó no solo con el traslado de régimen, sino con su decisión de trasladarse entre diversos fondos de pensiones dentro de este régimen.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (f.º 439 - 459).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, por cuanto el traslado de régimen inicial no se dio con ésta A.F.P., sino que se efectuó el 1.º de diciembre de 1999 cuando el demandante se afilió a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., afiliación válida de conformidad con lo establecido en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que el demandante se vinculó al R.A.I.S. de manera libre, voluntaria e informada, razón por la cual, quien debe dar cuenta y detalle de la forma como fue asesorado inicialmente el demandante es ésta última.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica (f.º 460 - 480).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que el demandante es una persona capaz de realizar actos jurídicos con plena validez, sumado a que no se encuentran presentes vicios del consentimiento como error, dolo o violencia, razón por la cual, la afiliación del demandante está revestida por su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, tal y como lo estipula el literal b) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante, se opuso e indicó que toda vez que los aportes se encuentran en poder de OLD MUTUAL S.A. y que fueron realizados con plena convicción, el demandante debe pensionarse en el fondo de pensiones en que se encuentra afiliado.

Señaló como excepciones, las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la genérica (f.º 481 - 484 y 500).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante no allega si quiera prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, y ni siquiera se establece cuál es la naturaleza de la nulidad que pretende, sumado a que, con el formulario de afiliación a COLMENA, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, se puede evidenciar que el accionante efectuó la selección del régimen pensional de forma libre, espontánea y sin presiones.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (f.º 485 - 497 y 502 - 503).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 95)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de junio de 2020, declaró que el traslado del R.P.M. al R.A.I.S. efectuado por el demandante el 1.º de diciembre de 1999, a través de la A.F.P. COLMENA, fue ineficaz y por ende, no produjo ningún efecto; consecuentemente, condenó a OLD MUTUAL S.A. a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración; así mismo, ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.** a transferir a COLPENSIONES, los dineros que hayan recibido por gastos de administración durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación del demandante en cada A.F.P.

Adicionalmente, condenó a COLPENSIONES a pagar al demandante pensión de vejez, bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición, por lo que deberá reconocerse a partir del 1.º de mayo de 2016, en cuantía inicial de \$6.169.915.19, por 13 mensualidades con los reajustes anuales correspondientes; también condenó a ésta entidad a pagarle el retroactivo pensional, debidamente indexado al momento del pago y de las mesadas que se generen hasta que se haga efectivo el pago.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral 3.º de la sentencia de primera instancia, esto es, respecto de la condena a la devolución de los gastos de administración, pues, indicó que durante el tiempo que permaneció afiliado el demandante a éste fondo, se realizó una tarea profesional de administración de los recursos pensionales del accionante, lo que conllevó a la generación de rendimientos financieros, los cuales fueron trasladados a PORVENIR S.A. Sumado a que, con independencia del régimen pensional al que se encuentre afiliado el demandante, los mismos serían descontados, razón por la cual, se presentaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que sea revocado el numeral 4.º de la sentencia proferida por el a quo, esto es, también en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, toda vez que se está pasando por alto, que tal descuento se realiza con autorización de la ley, tanto en el R.P.M.P.D., como en el R.A.I.S., esto, unido a que los mismos no forman parte, ni ayudan a pagar la pensión del demandante.

Finalmente, **COLPENSIONES** apeló la decisión proferida por el juzgador de primera instancia, para que la misma sea revocada en su totalidad, toda vez que se debe tener en cuenta que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional, de conformidad con el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, después de haber transcurrido más de 10 años desde el momento de tal traslado y conforme con lo dispuesto en los Artículos 477 y 159 del Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo, respectivamente, se encontraría fenecida la oportunidad de efectuar tal reclamación.

Adujo, que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S., razón por la cual, es improcedente realizar los reconocimientos establecidos en la sentencia, tales como el pago de su pensión de vejez y el correspondiente retroactivo pensional, pues el demandante realizó la mayoría de los aportes pensionales e incluso cumplió requisitos para pensionarse estando afiliado al R.A.I.S., por lo que se le causaría un perjuicio y generaría una descapitalización del sistema pensional, ya que es importante la sostenibilidad financiera del mismo y la financiabilidad de las prestaciones de potenciales pensionados, lo cual obliga a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios del sistema.

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.º 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 el artículo 66A 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 no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, y posteriormente, determinar si es procedente el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 11 de abril 1954 (f.º 25); **ii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de mayo de 1971 (f.º 69); **iii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 904,42 semanas cotizadas en el R.P.M..P.D. (f.º 584-587); **iv)** y que el 4 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 389) y que realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliado

actualmente a OLD MUTUAL S.A., desde el 13 de junio de 2013 (f.º 34, 132 y 197).

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.º 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.º 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 desvirtuarse 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, el demandante, el 4 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A. (f.º 389), y realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliado actualmente a OLD MUTUAL S.A. (f.º 34,132 y 197) conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al

proceso, los cuales, si bien refieren 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, frente a la presencia 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*

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

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, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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 del actor, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y comisiones de administración,

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

que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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, 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 aparea 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 OLD MUTUAL S.A. devolver las cotizaciones, rendimientos y comisiones 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.

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

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 el 4 de enero de 1999, cuando se trasladó del R.P.M., hoy administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 389), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., y la realizada 13 de junio de 2013, cuando se trasladó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A., donde actualmente continúa afiliado, 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 el demandante en su cuenta. Por lo anterior, se **confirma** la sentencia de primera instancia en torno a este punto de apelación.

Ahora bien, la Sala pasará a estudiar, si efectivamente el demandante tiene o no, la calidad de ser beneficiario del régimen de transición, y consecuentemente, si es procedente o no, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Así las cosas, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones del demandante, expedida por COLPENSIONES el 15 de julio de 2019, visible de folios 584 a 587 del plenario, se tiene que a 1.º de abril de 1994, el demandante contaba con un total de 904.42 semanas cotizadas y para el 30 de abril de 1997, completó más de 1000, razón por la cual en principio, se podría concluir que el demandante era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que conservó dicha prerrogativa dado que superó con creces las 750 semanas exigidas por el parágrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 1.º de 2005, y según la documental aportada por el demandante a f.º 25 cumplió 60 años de edad el 11

de abril de 2014, esto es, antes del límite temporal impuesto en la normativa en cita.

Empero, vale precisar que si bien Alirio Armando Ramírez, se encontraba afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Old Mutual S.A. y como consecuencia del presente proceso, se ordenó el traslado del R.A.I.S. al R.P.M.P.D., y que se declare que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, entidad que como consecuencia de lo anterior, deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda, lo correcto es que una vez COLPENSIONES reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados los valores en la historia laboral, podrá el actor solicitar ante dicha entidad la corrección de la misma si a bien lo tiene, o en su defecto, solicitar el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí pretende, potísima razón por la que se **revocarán** los numerales **sexto** y **quinto** de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a COLPENSIONES del reconocimiento pensional.

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: REVOCAR los numerales **sexto** y **quinto** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, absolver a COLPENSIONES de la pensión de vejez pretendida por Alirio Armando Ramírez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo considerado.

TERCERO: 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