REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2018 00419 01**
Demandante:	EDILBERTO LIMAS BAUTISTA
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR
Magistrado Ponente:	**EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES Y PORVENIR, así como a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia proferida el 1º de julio de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor EDILBERTO LIMAS BAUTISTA formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a efectos que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual ante la falta al deber de información por parte de PORVENIR y como consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerlo como afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante adujo en síntesis que se trasladó a PORVENIR el 23 de octubre de 1996, momento en el cual el asesor no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del régimen de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, en especial no se efectuó un estudio de la situación particular y, por el contrario, solamente se le ilustró respecto de las ventajas de trasladarse al RAIS. Que en simulación del 1° de noviembre de 2017 PORVENIR efectuó proyección de su mesada pensional para el año 2021 en la modalidad de retiro programado en la suma de $1.135.100 si continúa efectuando cotizaciones y $1'074.500 si cesa las cotizaciones, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida obtendría una mesada de $2'694.688, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años de servicios y 1.899 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda COLPENSIONES S.A. se opuso a las pretensiones con el argumento que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, se encuentra incurso en la prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y tampoco hizo uso del derecho al retracto dentro de los cinco días siguientes a la fecha de selección. Además, que la afiliación no adolece de vicios del consentimiento y el traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera. Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PORVENIR S.A., en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda como quiera que el traslado se realizó conforme a los requisitos legales

establecidos en la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera. Igualmente, que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1° de julio de 2020, DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 23 de octubre de 1998 por el señor EDILBERTO LIMAS BAUTISTA y, en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS calendada 01 de septiembre de 1980 y declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y condenó en costas a las administradoras de pensiones. Como sustento de su decisión indicó que no obra prueba de convicción en el proceso que brinde la certeza de la información veraz, clara, precisa y detallada respecto de las consecuencias del traslado de régimen por parte de PORVENIR al momento del traslado del demandante, lo que constituye una infracción al deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación con sustento en la ausencia de pruebas que demuestren alguno de los vicios del consentimiento conforme al artículo 1740 del Código Civil,

error, fuerza y dolo, además, que la nulidad no se solicitó dentro del término de los cuatro años según lo establece el artículo 1750 del C.C., esto es hasta el 23 de octubre de 2003. De otro lado, indicó que el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita establecida en el artículo 1504 de la codificación ya mencionada y consintió los descuentos respectivos con destino a su cuenta de ahorro individual. Mencionó que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral solamente aplica el artículo 1604 del Código Civil que habla de la responsabilidad del deudor, sin embargo, no analiza quien es el deudor o el acreedor, siendo que en un contrato de afiliación el afiliado es el que debe al fondo la realización de los aportes hasta el reconocimiento de la pensión, sumado a que resulta imposible probar los hechos ocurridos en el año 1998 toda vez que tuvieron lugar hace 19 años aproximadamente y nadie está obligado a lo imposible. Finalmente, sobre la descapitalización del sistema pensional, señaló que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de traslado ha indicado que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría, por lo que la declaratoria injustificada afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados.

PORVENIR interpuso igualmente recurso de alzada por considerar que se probó con la prueba documental y testimonial que PORVENIR cumplió con el deber de información en especial al suministrar las características del RAIS, aunado a que un documento público que no fue tachado de falso ni desconocido, se presume auténtico, que no se tuvo en cuenta la manifestación del actor referente a que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria y que en su momento pensó que era lo más adecuado, por el contrario, se estableció una tarifa legal en donde solo la prueba documental es la que se debe tener en cuenta para desvirtuar la presunción de la que goza la negación indefinida, sin embargo, conforme a las respuestas del demandante no existen negaciones indefinidas pues cuando se le preguntó si recordaba que el asesor le informó respecto de una cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios y que pasaría con sus fondos si falleciere dijo no

recordar, lo que es diferente a que no le dieron la información, entonces la carga sigue estando en cabeza del demandante.

Por otra parte, mencionó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no siendo muy experta en el tema civil trata de manera indistinta la ineficacia y las nulidades y que si estuviéramos frente a una nulidad relativa por vicios del consentimiento se tendría que dar aplicación al articulo 1746 que habla de restituciones mutuas, respecto a lo cual la Sala de Casación Civil de la Corte establece que cuando alguien se beneficie por los frutos civiles tiene la obligación de restituirlos de lo contrario estaríamos hablando de un enriquecimiento sin causa. De otro lado, que si se trata de una declaratoria de pleno derecho, las consecuencias son las establecidas en el artículo 271 como lo ha dicho la Corte Constitucional, se deja sin efectos la vinculación y se trasladan los elementos, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 113, en los que no se mencionan los gastos de administración, por lo que no es obligación devolver dichos dineros, ni es acertado que no se condene al demandante a devolver los dineros de los que se benefició. Sobre el punto de la prescripción arguyó su procedencia respecto de los gastos de administración toda vez que no hacen parte de la pensión en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y en ese orden solicita revocar en su totalidad la sentencia proferida por el despacho.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte demandante, COLPENSIONES y PORVENIR formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor EDILBERTO LIMAS BAUTISTA y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, junto con los gastos de administración y comisiones?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el señor EDILBERTO LIMAS BAUTISTA, se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 23 de octubre de 1998, administradora en donde se encuentra actualmente afiliado.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no al demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada al señor EDILBERTO LIMAS BAUTISTA fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar el demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Tampoco se advierte del interrogatorio rendido por el demandante que hubiese confesado haber recibido la información suficiente al momento del traslado, sino que, por el contrario, manifestó que su decisión se basó en la asesoría brindada por PORVENIR en aproximadamente 20 minutos en donde le informaron a un grupo de trabajadores que iban a obtener una pensión superior a su salario, que a los 50 años se iban a pensionar y en síntesis iban a estar mejor pensionados, de lo que se demuestra entonces, que contrario a lo dicho por el apoderado de PORVENIR al sustentar el recurso de apelación, no se demostró con el interrogatorio del actor que hubiese recibido la ilustración suficiente de los pros y contras, características de uno y otro régimen y las consecuencias del traslado al momento en que realizó la afiliación al RAIS.

De otro lado, se debe precisar que, frente a las preguntas efectuadas por PORVENIR al demandante referentes a si el asesor comercial le informó de una cuenta de ahorro individual y los aportes voluntarios a la pensión en el RAIS, contestó que no le dieron esa información y en ningún momento indicó que no recordaba, como se adujo en el recurso de alzada, pues sobre el punto, solo manifestó no recordar si le informaron qué sucedería con su pensión si llegara a fallecer, sin que dichas respuestas demuestren el deber de información que estaba en cabeza de la AFP. En este aspecto, se debe recordar a la entidad apelante que, sobre la carga de la prueba en esta materia, a voces del artículo 167 del C.G.P 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.

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se

trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, como en el caso que nos ocupa, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales y que existen desde el nacimiento del régimen privado de pensiones tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)..."* (Sentencia SL 1688 – 2019).

En otro punto, tal como lo mencionó el juez de conocimiento, la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, debe incluir los descuentos efectuados por las administradoras de pensiones del régimen privado por comisiones de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

"2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *"...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de*

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (Subrayas fuera del texto).

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliado el demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la administradora privada, que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

En punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de dicha entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección,

el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros".

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Son suficientes los argumentos expuestos para CONFIRMAR la sentencia impugnada. Sin COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de julio de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **39 2019 00219 01**
Demandante:	JANETH ISABEL CUENTAS DE ALQUERQUEZ
Demandado:	UGPP

Magistrada Ponente: **EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de septiembre de 2020, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora JANETH ISABEL CUENTAS DE ALQUERQUEZ interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de abril de 2015 bajo los parámetros y condiciones de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio percibido durante los últimos tres

años de servicios exclusivos al ISS incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó la demandante que laboró con el ISS empleador un total de 1.209 semanas equivalentes a 23 años, 6 meses y 2 días, desde el 2 de octubre de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1994 y del 1° de enero de 1995 al 30 de marzo de 2015 en calidad de trabajador oficial y nació el 26 de octubre de 1954 por lo que cumplió los 50 años el mismo día y mes del año 2004. De otro lado, indicó que entre la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL a la cual se encuentra afiliada y el ISS, se suscribió Convención Colectiva de Trabajo el 31 de octubre de 2001 en cuyo artículo 98 se estableció una vigencia que va más allá del año 2017. Finalmente, que mediante reclamación administrativa del 12 de diciembre de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión convencional sin que la UGPP efectuara pronunciamiento al respecto.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP se opuso a las pretensiones toda vez que la demandante cumplió con el requisito de la edad y tiempo con posterioridad a la vigencia de la convención colectiva de trabajo y al 31 de julio de 2010, fecha límite establecida por el acto legislativo 01 de 2005. Propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la obligación por falta del cumplimiento de los requisitos legales, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 DECLARÓ que la demandante es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social y por ende es beneficiaria de una pensión de jubilación convencional del artículo 98 de la CCT 2001 - 2004, la cual deberá ser pagada por la UGPP a partir del 01 de abril de 2015, en cuantía inicial de $1.728.395, por 13 mesadas anuales, prestación a la que se deberán aplicar los respectivos ajustes anuales, el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 26 de marzo de 2016 y hasta la fecha en que se incluya en nómina el reconocimiento pensional, el cual al 30 de agosto de 2020 asciende a la suma de $114.882.902,13 y la indexación de las mesadas reconocidas.

Como fundamento de su decisión argumentó que si bien el artículo segundo de la Convención Colectiva estableció una vigencia de tres años, el artículo 98 consagró una vigencia diferente para la pensión convencional la cual dependiendo del grupo de trabajadores podría extenderse hasta el 2017, por lo que la norma convencional se encuentra vigente aunque sea posterior al 31 de julio de 2010, de otro lado, que se encuentra acreditada la condición de beneficiaria de la convención colectiva de la demandante y el cumplimiento de los requisitos de tiempo y edad consagrado en el acuerdo colectivo, por lo que se aplicó el 100% del IBL de los últimos tres años por haber adquirido el derecho el 31 de marzo de 2015, teniendo en cuenta los factores de asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, valor de trabajo nocturno, suplementario, dominicales y festivos.

5. APELACIÓN Y CONSULTA

La parte demandada interpuso el recurso de apelación con el fin que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que la convención colectiva celebrada entre el

ISS y el sindicato de sus trabajadores estuvo vigente desde noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004 de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de dicho acuerdo colectivo, además, en atención al Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones convencionales perdieron vigencia el 31 de julio de 2010 y la causación del derecho de la demandante excede dicha fecha límite por lo que no es viable acceder al reconocimiento pensional.

Por otra parte, adujo que en caso de acceder a la pensión convencional se revise la liquidación efectuada por el despacho, toda vez que, conforme a la jurisprudencia, la pensión se debe liquidar con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994. Finalmente, solicita la absolución de condena en costas en atención a que la negativa del reconocimiento pensional se basó en argumentos jurídicos válidos.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y dentro del término de traslado, las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Le asiste a la señora JANETH ISABEL CUENTAS DE ALQUERQUEZ el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA

SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, pese a la modificación que al artículo 48 de la Constitución Política introdujo el acto legislativo 01 de 2005?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia, que la señora JANETH ISABEL CUENTAS DE ALQUERQUEZ nació el 26 de octubre de 1954 por lo que cumplió los 50 años de edad el mismo día y mes del año 2004, que laboró como trabajadora oficial en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 2 de octubre de 1991 hasta el 1° de octubre de 1992 y del 2 de octubre de 1992 al 31 de marzo de 2015, es decir por espacio de 23 años, 5 meses y 2 días.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo celebrada entre la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 31 de octubre de 2001:

> *"El trabajador oficial que cumpla 20 años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*
>
> *(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

a. Asignación básica mensual
b. Prima de servicios y vacaciones
c. Auxilio de alimentación y transporte
d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados"

Previo a determinar si la demandante cumple con el requisito convencional, se debe señalar que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia fue adicionado por el Acto Legislativo No. 001 de 2005, que implementó modificaciones a las pensiones convencionales y al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con las pensiones convencionales, el parágrafo 2º estableció:

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones."

Y para salvaguardar los derechos adquiridos de los trabajadores próximos a pensionarse en los términos de convenciones colectivas vigentes en empresas públicas y privadas, el parágrafo transitorio 3° señaló:

"Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

Sobre el alcance del parágrafo transitorio, la sentencia SL5116 del 2 de diciembre de 2020, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, precisó:

"De la norma constitucional así consagrada, se deducen dos postulados diferentes: uno, para las disposiciones colectivas que desde antes de su expedición venían rigiendo, cuya vigencia se mantendrán hasta el término inicialmente pactado, que a su vez incluye las prórrogas automáticas que se venían surtiendo y, otro, para aquellas convenciones que se establecieran entre su fecha de expedición y el 31 de julio de 2010, que no podrán ser más favorables a las que para entonces estuvieran vigentes.

(...)

"Explicó entonces la Sala que en las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieren suscrito por primera vez antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes, de modo que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo

regiría hasta cuando finalizara», aunque fuere posterior al 31 de julio de 2010.

(...)

"En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, «en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales», no puede ir más allá del 31 de julio de 2010. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adoctrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo.

(...)

En esa dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rectificó parcialmente su criterio sentado en las providencias precitadas y, en sentencia CSJ SL3635-2020, precisó que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del

Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley, se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

Sobre la vigencia de la pensión de jubilación convencional establecida en la convención colectiva 2001- 2004 suscrita entre el ISS y el sindicato de sus trabajadores, se dejó por sentado en la sentencia SL1409 del 11 de febrero de 2015, Magistrado Ponente LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS:

"En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004...según su artículo 2, su vigencia tendría "una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente". Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente..."

Igualmente, en la sentencia SL 5116 ya mencionada indicó:

"En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.

Así las cosas, erró el Colegiado (i) al no tener en cuenta que el artículo 2° de la convención colectiva de trabajo previó que algunas de sus cláusulas tendrían vigencia en periodos distintos al general, (ii) al no advertir que, en esa línea, fijó en su artículo 98 un plazo distinto para otorgar derechos pensionales, y (iii) al considerar que los requisitos para el surgimiento de esa prestación debían causarse con anterioridad al 31 de julio de 2010..."

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las premisas normativas señaladas, advierte la Sala que el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDADSOCIAL se causa luego del cumplimiento de 20 años de servicios continuos o discontinuos al Instituto y 50 años de edad para las mujeres, ambos requisitos acreditados por la promotora de la litis, pues tal como se indicó, cumplió la edad de 50 años en el 2004 y contaba con más de 20 años de servicios exclusivos al ISS al momento del despido ocurrido en marzo de 2015 y en ese orden, atendiendo al nuevo estudio efectuado por el máximo tribunal y efectuando también esta Sala un nuevo estudio del problema jurídico planteado, a la demandante le asiste el derecho a la pensión de jubilación convencional, toda vez que previo a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el acuerdo colectivo estableció una vigencia inicial de la pensión de jubilación hasta el año 2017 y en ese sentido, el término se extiende

hasta la fecha pactada entre el empleador y el sindicato por estar cursando a la entrada en vigencia de la enmienda constitucional, por lo que, contrario a lo argumentado por la recurrente, resulta acertada la decisión adoptada por la juez de primera instancia.

Ahora, en lo que toca a la liquidación de la pensión efectuada por el a quo, punto sobre el cual se duele la entidad demandada no se tuvieron en cuenta los factores establecidos de manera taxativa en el Decreto 1158 de 1994, es dable clarificar que la pensión aquí reconocida no corresponde a una de carácter legal sino convencional, por lo que lo procedente es efectuar la remisión a lo acordado entre las partes, que en este caso, conforme se estableció en el artículo 98, corresponde al promedio mensual de lo percibido durante los últimos tres años de servicios para los trabajadores que se jubilen entre enero de 2007 y diciembre de 2016, como es el caso de la demandante, de conformidad con los factores establecidos en el parágrafo quinto de la cláusula convencional transcrita en las premisas normativas.

Así las cosas, el promedio salarial de los últimos tres años laborados por el demandante es de $1'848.774,66 correspondiente a la primera mesada pensional a partir del 1° de abril de 2015, suma superior a la tasada por el Juez de Primera Instancia que correspondió a $1'728.395, no obstante, se confirmará la decisión por no poderse hacer más gravosa la situación del apelante único.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es dable precisar que tal como lo estableció la juez de conocimiento, la primera reclamación administrativa se efectúo el 14 de abril de 2014 y la presentación de la demanda ocurrió el 26 de marzo de 2019, cuando ya había transcurrido el término prescriptivo establecido en el artículo 151 del C.P.T. y de la. S.S y 488 del C.S.T., por lo que fue la demanda la que interrumpió el término de prescripción, encontrándose prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 26 de marzo de 2016.

Costas

Finalmente, en cuanto al argumento vertido en el recurso de alzada por el cual se solicita la absolución de condena en costas de primera instancia por haber actuado la entidad demandada conforme a la normativa vigente, es dable precisar que el numeral primero del artículo 365 del C.G.P. establece que: *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"*, presupuesto que, al haber ocurrido en el caso bajo examen, implicaba la condena en costas contra la accionada, sin que sea necesario acudir a criterios subjetivos de las partes para la exoneración del pago por dicho concepto, por lo que no hay lugar a variar la decisión en tal sentido.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la sentencia impugnada. COSTAS en esta instancia a cargo del apelante en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad apelante en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2018 00751 01**
Demandante:	EBELIO PÉREZ PABÓN
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN

Magistrado Ponente: **EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PROTECCIÓN y a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor EBELIO PÉREZ PABÓN formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a efectos que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad ante la falta de información completa y comprensible por parte de la AFP PROTECCIÓN y en consecuencia, se condene a dicha administradora al traslado de los aportes cotizados al régimen de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que debe recibirlos y registrarlo como afiliado sin solución de continuidad desde el 16 de septiembre de 1974.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante adujo que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 16 de septiembre de 1974 y se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 28 de octubre de 1995, administradora a la que se encuentra actualmente afiliado. Señaló que al momento del traslado el asesor de la administradora de fondos privados no le informó que su pensión sería inferior a la que recibiría en el régimen de prima media, no elaboró una proyección pensional y utilizó como argumentos de venta que *"no se iba a poder pensionar ya que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar"*, adicionalmente, que el asesor le aseguró que se podía pensionar a una menor edad sin que le explicara la afectación que aquello tendría sobre su mesada pensional y el bono pensional, no le informó sobre las desventajas de trasladarse al RAIS y que con base en dicha información suscribió el formulario de afiliación a PROTECCIÓN. Refirió que el 3 de abril de 2007 PROTECCIÓN le informó que de continuar cotizando al RAIS se pensionaría con un porcentaje del 87,75%.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda COLPENSIONES se opuso a las pretensiones toda vez que no obra prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por parte de la AFP, así mismo, que no se observa dentro de las solicitudes notas de protestas o anotación alguna que permita inferir que hubo alguna inconformidad por parte del demandante y al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, se suscribieron de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad,

saneamiento de la nulidad alegada y no configuración al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PROTECCIÓN S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda al referir que el traslado efectuado el 28 de octubre de 1995 es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. El formulario se suscribió de manera libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto de la administradora como del afiliado. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de julio de 2020, DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por el señor EBELIO PÉREZ PABÓN el 1° de noviembre de 1995 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Como sustento de su decisión señaló que con fundamento en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no se demostró por parte de la sociedad administradora del RAIS el deber de información respecto de las características de los regímenes pensionales, lo que no se desvirtúa por el hecho que el demandante no se interesó en indagar si el seguro social si se iba a acabar o si posteriormente hubo una reasesoría en el

2007, pues lo importante es verificar la asesoría inicial brindada al momento de la afiliación.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión, PROTECCIÓN interpuso el recurso de apelación en contra del numeral segundo de la sentencia que ordenó la devolución de comisiones de administración, toda vez que dichas deducciones son consecuencia de una disposición legal, valida, exigible y vigente y no por capricho de la administradora, adujo además que dichas comisiones se encuentran causadas y pagadas por la administración de los dineros del demandante y en el hipotético caso que se demuestre que la entidad no efectuó la gestión de administración y se ordene devolver las comisiones, solamente es procedente el traslado de los aportes sin los rendimientos generados ya que estos son exclusivos del régimen de ahorro individual por mandato legal.

A su turno, COLPENSIONES interpuso el recurso de alzada al argumentar que si bien en los fallos de la Corte Suprema de Justicia se ha estudiado la ineficacia del traslado, lo cierto es que también ha indicado que cada caso se debe analizar de forma particular, advirtiéndose en el presente asunto que para el año 1994 el demandante tenía 361 semanas cotizadas y 37 años de edad, lo que se traduce en que no es beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legitima de pensionarse, situaciones que ha protegido la Corte Suprema de Justicia. De otro lado recalcó que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues en su interrogatorio señaló que escogió libremente el traslado y recibió asesoría de la AFP PROTECCIÓN, hecho en el que quedó demostrado el deber de información, pues para la época no era obligación de las administradoras el deber de asesoría o buen consejo ni proyección pensional, razón por la cual no se pueden imponer cargas que no existían para el año 1995. De otro lado, indicó que para el año 2007, cuando aún podía regresar al régimen anterior, el demandante recibió asesoría en donde le indicaron que podía volver al régimen de prima media y su decisión fue continuar con la AFP PROTECCIÓN por su voluntad y en ese

orden, es dable aplicar el artículo 2º de la ley 797 de 2003 o la aplicación de la prescripción de la acción, el cual tiene un alcance constitucional pues garantiza el principio de sostenibilidad financiera que impide la descapitalización del fondo común en los términos referidos por la Corte Constitucional.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor EBELIO PÉREZ PABÓN y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PROTECCIÓN al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el señor EBELIO PÉREZ PABÓN se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. el 28 de octubre de 1995 con fecha de efectividad 1º de noviembre del mismo año, administradora a la que se encuentra afiliado actualmente. Está igualmente demostrado que para la fecha del traslado, el señor PÉREZ PABÓN no era beneficiario del régimen de transición ni contaba

con una expectativa de derecho pensional y suscribió dos formatos de reasesoría por parte de PROTECCIÓN de fechas 3 de abril de 2007 y 20 de abril de 2008.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no al demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada al señor EBELIO PÉREZ PABÓN al momento del traslado, fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar el demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, como en el caso que nos ocupa, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de

información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, sobre el tema de la reasesoría, la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, en uno de sus apartes consignó: "*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

(...)

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información".

De modo que, es claro para la Sala que en el presente asunto carecen de utilidad los formatos de re asesorías allegados, pues se advierte en primer lugar que los mismos se generaron por inquietud propia del demandante y en ellos se le realizó una proyección que arrojaba una mesada pensional superior en el RAIS con una tasa de reemplazo del 87,75% por la suma de $3'853.128 frente a la mesada que recibiría en el régimen de prima media en un porcentaje del 75% por valor de $3'312.471 para el caso de la reasesoría brindada el 3 de abril de 2007, oportunidad en la que el demandante escogió aplazar la decisión. Con posterioridad, en la re asesoría efectuada el 20 de agosto de 2008 se realizó otra proyección que arrojó una mesada pensional en el RAIS de $3'617.805 correspondiente a un porcentaje del 69,02% frente a una mesada de $3'821.271 en el régimen de prima media correspondiente a una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL, oportunidad en la que el actor decidió continuar en PROTECCIÓN,

punto sobre el cual manifestó al absolver el interrogatorio de parte que el asesor de la administradora le advirtió que el menor valor que se reflejaba en el RAIS que no era significativo, incrementaría por los rendimientos financieros que se obtienen en dicho régimen, razón por la cual confiando en la buena fe de la administradora decidió permanecer en PROTECCIÓN.

En ese orden, se advierte que las bases que tuvo en cuenta el actor para adoptar la decisión de continuar en la administradora privada no se soportan en las explicaciones concernientes a los pros y contras de uno y otro régimen, las consecuencias de continuar en el RAIS o de trasladarse a COLPENSIONES, debiéndose aclarar sobre dicho aspecto, que el deber de información no radica en realizar proyecciones pensionales, pues este no es el alcance que le ha dado la jurisprudencia, toda vez que no se trata de un tema netamente monetario, por el contrario, ha sido reiterada la postura en indicar que se trata de una asesoría que debe estar precedida de una ilustración como mínimo, al trabajador afiliado, indicándole las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias de traslado, resaltándose en este caso que los simples formatos aportados no cumplen con la entidad suficiente para ilustrar el cumplimiento de dicho deber a cargo de la administradora de pensiones correspondiente a una información con un máximo de utilidad relevante para adoptar la decisión de manera suficientemente informada.

Se concluye entonces que PROTECCIÓN S.A incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, obligaciones que, contrario a lo que argumentó COLPENSIONES en su recurso de apelación, *es un deber exigible desde su creación* tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa,

"...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)..."* (Sentencia SL 1688 – 2019).

En otro punto, tal como lo mencionó el juez de conocimiento, en la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado y, contrario a lo manifestado por PROTECCIÓN, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones como los seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisdicción laboral en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

" 2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la

segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *"...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones".*

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliado el demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP, que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

En consecuencia, se habrá de modificar la decisión en aras de incluir el concepto comisiones por seguros previsionales los cuales deben ser devueltos igualmente a COLPENSIONES. Por otra parte, considera la Sala necesario eliminar la orden

impartida a la administradora de fondos privados respecto de asumir el descuento de sumas por mesadas pensionales, toda vez que no se acreditó en este caso el reconocimiento pensional por parte de PROTECCIÓN y en ese orden resulta inconducente establecer tal determinación que además puede generar confusiones respecto de la situación pensional del accionante.

En punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de la entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común

de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros".

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP nunca existió, por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea el accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutiva de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales, frutos e intereses y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia objeto de consulta solamente en lo señalado y SE CONFIRMARÁ en todo lo demás. Sin COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> *"SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración comisiones y seguros previsionales"*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión de primera instancia, por las razones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020