



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 32 2019 00619 01
Demandante MYRIAM CASTIBLANCO CLAVIJO
Demandados COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR
Litisconsorte necesario COLFONDOS S.A.

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MYRIAM CASTIBLANCO CLAVIJO formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de la afiliación y de los aportes a pensión que en la actualidad realiza a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y se CONDENE a PORVENIR a trasladarlos a COLPENSIONES entidad que deberá aceptar y recibir el traslado de los aportes que se efectúe al régimen de prima media con prestación definida.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo que efectuó aportes al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales desde octubre de 1984 hasta octubre de 1986, que desde el 1º de noviembre de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A., administradora en la que indagó que el valor de su pensión quedaría en \$1'500.000.00 y que en COLPENSIONES la mesada ascendería a \$6'000.000.00, que para la fecha de su traslado, ningún funcionario de PORVENIR le informó que esta administradora privada tenía esa desventaja económica, sino que la engañaron diciéndole que al llegar a la edad de pensión, disfrutaría de esa prestación con un salario superior al devengado en la actualidad. Que debido a la mala información brindada por PORVENIR, quiso retornar al Instituto de Seguros Sociales entidad que no le aceptó su solicitud de traslado.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto no obra prueba en el plenario que demuestre que a la demandante se le hizo incurrir en error por parte de la AFP PORVENIR o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de parte de la demandante; por el contrario, las documentales se encuentran sujetas a derecho y demuestran que el traslado se hizo en forma libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, además que la demandante no cumple con los requisitos establecidos por la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Formuló como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y compensación.

PORVENIR S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones pues el traslado horizontal se realizó completamente informado, pues recibió asesoría de manera verbal y, en virtud de ella, se consolidó la voluntad de la demandante afiliándose a PORVENIR S.A. por lo que, ante la ausencia de pruebas de la nulidad alegada, es claro que la afiliación al RAIS es válida, lo que lleva concluir que no hay lugar a realizar traslado alguno del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la actora y cualquier derecho pensional deberá ser analizado de acuerdo con los criterios propios del RAIS, máxime si se tiene en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la restricción de que trata el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante auto del 8 de febrero de 2021, se ordenó integrar la litis con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, entidad que debidamente notificada contestó la demanda sin oponerse a las pretensiones por cuanto ninguna se dirige contra ella; sin embargo, señaló que siempre ha actuado con la buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica por mandato constitucional, en la relación de afiliación que la vinculó con la demandante. No formuló excepciones.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 DECLARÓ la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MYRIAM CASTIBLANCO CLAVIJO a través de COLFONDOS S.A. de fecha 30 de septiembre de 1999, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas que haya



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora, a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración. ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir a la demandante MYRIAM CASTIBLANCO CLAVIJO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

Como sustento de su decisión señaló que, de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, se estableció que la demandante se afilió al ISS el 11 de octubre de 1984 y cotizó a esa entidad hasta el 31 de octubre de 1986, un total de 27,71 semanas, que diligenció formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. el 30 de septiembre de 1999 a través del cual se trasladó de CAJANAL a COLFONDOS S.A. Que la demandante se afilió a las AFP HORIZONTE y PORVENIR el 1º de abril de 2008 y 31 de agosto de 2009, respectivamente y que PORVENIR S.A. es la AFP a la que se encuentra afiliada actualmente. Señaló que más allá de los formularios de afiliación suscritos por la demandante, no obra prueba en el proceso que permita concluir que se le brindó la información necesaria a efectos de que tomara la decisión de trasladarse de régimen de manera consciente e informada, que si bien se hace referencia a actos de relacionamiento por los traslados a HORIZONTE y PORVENIR, debe señalarse que tales traslados son de los años 2008 y 2009, data para la cual ya contaba con más de 47 años de edad, por lo cual estaba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen establecida en la ley 797 de 2003 y, en ese medida, no se considera que tal argumento sea válido en este caso. Que frente a la afiliación a COLFONDOS, debe advertirse que más allá que en el escrito de demanda se haya dicho que el traslado de régimen se efectuó a través de PORVENIR, lo que está documentado es que la afiliación al RAIS fue a través de COLFONDOS, AFP que al contestar la demanda no se opuso a las pretensiones más allá de que adujo haber cumplido con su obligación legal de brindar información a la potencial afiliada sin que aportara pruebas de ello. Que si



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

bien la demandante incurrió en algunas imprecisiones en su interrogatorio de parte, lo cierto es que tal medio probatorio tiene como objetivo primordial buscar la confesión y del dicho de la demandante no puede extractarse confesión alguna en el sentido de admitir que se le hubiese brindado la información requerida para tomar la decisión de trasladarse en los términos en que ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es decir, que hubiese recibido información sobre las características de cada régimen pensional, las diferencias entre estos y las ventajas y desventajas. En cuanto a los gastos de administración, refirió que no existe soporte o fundamento legal para que PORVENIR y COLFONDOS retengan estos dineros, que si bien se habla de un eventual enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ésta entidad habrá de asumir no solo la afiliación de la demandante sino el eventual reconocimiento de un derecho pensional, lo que genera unas cargas administrativas que no tendría por qué asumir si no hubiese sido por la conducta de COLFONDOS y que si bien PORVENIR no fue partícipe en su momento del traslado inicial de régimen, lo cierto es que la consecuencia es la misma para ambas administradoras. Declaró no probadas las excepciones formuladas, en cuanto a la de prescripción señaló que el derecho a solicitar la ineficacia en tratándose de las personas afiliadas al sistema, es imprescriptible. Señaló que si bien COLFONDOS no se opuso a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que dicha administradora fue la que dio lugar al traslado de régimen y, más allá de que no se opuso, en todo caso argumentó el cumplimiento de sus deberes legales lo cual no se acreditó en el proceso y, si hubiese cumplido con ellos, no tendría por qué allanarse a la prosperidad de unas pretensiones que no tendrían vocación de prosperidad de haberse realizado válidamente la afiliación de la demandante. Por lo anterior, condenó en costas solamente a COLFONDOS.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el fin que se revoque parcialmente el numeral 6º de la sentencia, como quiera que PORVENIR y COLPENSIONES también son entidades que saben que este traslado es ineficaz,



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

por economía procesal debieron intentar siquiera conciliar por lo que solicitó que se les condene también en costas.

PORVENIR S.A. interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revoquen las condenas proferidas en su contra, específicamente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a devolver todos los dineros que recibió de la demandante como aportes, sin que se le hubiese permitido hacer descuentos por gastos de administración y primas de seguros previsionales. Refirió que PORVENIR recibe una vinculación que se reputa válida, como quiera que la demandante no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones de los artículos 60 y 61 de la ley 100 y había tenido el tiempo de permanencia mínimo de 6 meses en el régimen de ahorro individual, lo que le permitía hacer movilizaciones en dicho régimen. Que la teoría de los actos de relacionamiento no hace ninguna diferenciación sobre en qué momento se hacen los traslados horizontales, por lo que considera que la ratificación se puede hacer aún de manera posterior a la edad de los 47 años, como quiera que lo que la Corte evalúa en estos casos la posibilidad que tiene el afiliado de moverse entre ese régimen pensional y manifestar la voluntad nuevamente de quedarse vinculado a él. Manifestó asimismo que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen no existía documento o prueba diferente al formulario de afiliación para acreditar la existencia y validez del traslado de régimen pensional. Que el precedente de la Corte Suprema de Justicia ha creado deberes en cuanto a la información, la acreditación y la prueba del cumplimiento de dicho deber, diferentes a las normas que regían los traslados de régimen pensional y los traslados horizontales, razón por la cual la defensa u oposición de la demandada no es caprichosa como quiera que dentro de los presentes procesos se debaten hechos o circunstancias que ocurrieron a finales de los años 90 o recién expedida la ley 100 de 1993, razón por la que indicar que la defensa de PORVENIR no tiene asidero jurídico dista mucho de lo que ha hecho la Corte al verificar que existían momentos y deberes que se debían cumplir o que acumulaban obligaciones diferentes, razón por la cual si bien la Corte ha establecido que el solo formulario no acredita la existencia del consentimiento informado, no es menos cierto que para la fecha en que se realizaron estos traslados no existía otro medio de prueba o una obligación adicional de dejar un



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

soporte documental u otra prueba que permitiera acreditar la existencia de dicho negocio jurídico. Que en tal sentido y como quiera que la norma que regula la ineficacia la vinculación a alguno de los regímenes pensionales o al Sistema de Seguridad Social en pensiones, dice que se dejará sin efecto el acto que haya nacido sin que el afiliado hubiese podido manifestar su voluntad clara e inequívoca sin ningún tipo de presión que puede ejercer no solo la Administradora sino también el empleador o el tercero que interceda o interfiera en dicha vinculación y deja en libertad la norma al potencial afiliado para que pueda realizar una nueva vinculación, con lo cual decir que es una falta al deber de información va más allá de lo que estableció la norma en principio, como quiera que puso estas conductas también en cabeza del empleador y de terceros, lo que quiere decir que no protege ese deber de información sino la voluntad de vincularse a uno u otro régimen pensional. Por lo anterior, considera que no existe razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime que PORVENIR cumplió con todas las obligaciones que le eran oponibles para ese momento y por cuenta de la teoría de los actos de relacionamiento, la accionante ratificó de manera posterior su vinculación al régimen de capitalización. Que en lo que corresponde a gastos de administración y primas de seguros previsionales, el a quo se refirió al enriquecimiento sin causa, el cual consideró que sí se genera por cuanto COLPENSIONES está recibiendo unas sumas de dinero adicionales o superiores para el reconocimiento de una pensión de vejez, superiores a las que ella misma hubiese tenido a su disposición al momento de reconocer la pensión si la afiliada no se hubiese trasladado de régimen pensional, porque COLPENSIONES recibe una cuenta de ahorro individual en la que no solo están los aportes que realizó la accionante sino también los rendimientos financieros que generan dichos aportes, las sumas por concepto de seguros previsionales y lo que se descontó por gastos de administración, sumas que no hubiese tenido disponibles COLPENSIONES para reconocer la pensión de vejez a la accionante, sino que, de haberla mantenido como su afiliada, lo que corresponde a las primas por seguros previsionales las hubiese destinado a la subcuenta con la cual financia pensiones de invalidez y muerte, los gastos de administración los hubiera consumido de manera mensual en hacer las inversiones con las que genera rendimientos, entonces COLPENSIONES tendría una mayor bolsa de recursos para financiar la pensión



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

de vejez de la actora. Refirió que como quiera que la Corte Suprema de Justicia en otras materias diferentes al traslado de régimen también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la ineficacia en sentido estricto, ha dicho que se debe modular la aplicación de esta figura como quiera que no se pueden desconocer los efectos que ha producido el acto jurídico de manera total. Refirió también que en el caso en que se declara la nulidad de un contrato de trabajo y el trabajador menor de edad ha prestado sus servicios, puede retener lo correspondiente a salarios lo que, asimilándolo al caso concreto, significaría que PORVENIR puede retener estos gastos con fundamento en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que le permite apropiarlos para los riesgos de invalidez y muerte y además de ello, remunerar la gestión que cumple al generar los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Por estas razones COLPENSIONES se beneficia de unos gastos en los que no contribuyó para que se generaran esos rendimientos financieros.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES también interpuso el recurso de apelación con fundamento en que el a quo al dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiéndolo que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que, independientemente de la decisión adoptada por el Juez en razón a la declaratoria de ineficacia del traslado, COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues nada tuvo que ver con la decisión adoptada por la actora. Solicitó entonces que no se condene a la entidad a recibir a la demandante como afiliada del régimen de prima media, pues con esta decisión consecencial a la declaratoria de inexistencia, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y, en caso de esta condena, debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB y en las reservas pensionales que día tras día se han afectado de manera excesiva con estos procesos. Solicitó que se estudie el escenario en el cual las AFP que faltaron supuestamente a su deber legal de información, no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero a COLPENSIONES que es un tercero que no tuvo injerencia



22

Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

en el acto jurídico, sí se las acarrea, pues con el regreso de la actora al régimen de prima media existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de un derecho pensional, lo que genera alto impacto en el equilibrio financiero del sistema pues la actora regresa después de más de 22 años a un régimen que no la tuvo en cuenta para sus reservas y cálculos financieros. Señaló que si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de la demandante al RAIS, debe condenarse a las AFP que incumplieron el deber legal de información, a pagar a COLPENSIONES los perjuicios económicos que genera lo anterior, pues quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como es COLPENSIONES.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y PORVENIR y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal 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

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, efectuado por la señora MYRIAM CASTIBLANCO CLAVIJO y, por ende, ordenarse el traslado de los dineros que posee en su cuenta



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

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.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

Artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 por medio del cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales el 11 de octubre de 1984, entidad en la que cotizó hasta el 31 de octubre de 1986 (folio 20). Según indicó en su interrogatorio de parte, del Instituto de Seguros Sociales la demandante pasó a CAJANAL en donde estuvo afiliada hasta cuando se pasó a COLFONDOS. En efecto, se afilió a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS en el mes de diciembre de 1999 administradora en la que permaneció hasta mayo de 2008 según se extrae del reporte de semanas de cotización de folios 91 al 93 del archivo denominado 05. *Contestación* del expediente digitalizado. Se afilió a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS el 1º de abril de 2008, con fecha de efectividad en junio de 2008, como consta en el formulario de afiliación de folio 123 del archivo denominado 01. *Ordinario Laboral No. 32 2019 00619* del expediente digitalizado. El 23 de abril de 2008 suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (folio 124), administradora a la que se encuentra afiliada actualmente, como consta en el extracto de fondo de pensiones obligatorias de folios 136 al 138 del archivo denominado 01. *Ordinario Laboral No. 32 2019 00619* del expediente digitalizado.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, ni siquiera se aportó el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que en todo caso y de haberlo hecho, como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que se toman como premisas normativas, tal documento 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, orientación que, según lo indicó la demandante en su interrogatorio de parte no ocupó más de 10 minutos cuando un asesor la visitó en su lugar de trabajo y solo le informó que el Seguro Social se iba a acabar y que obtendría mayores rendimientos si se trasladaba a una administradora del régimen privado.

Esa carga probatoria tampoco la suplió PORVENIR S.A. pues no se demuestra la debida asesoría en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que tampoco podía obviar la demandada por recibir *“una vinculación que se reputa válida, como quiera que la demandante no se encontraba incurso en ninguna de las prohibiciones de los artículos 60 y 61 de la ley 100 y había tenido el tiempo de permanencia mínimo de 6 meses en el régimen de ahorro individual”*, como lo indicó el apoderado en la sustentación de su recurso, pues a pesar que el traslado fuera horizontal y que no se tratara de la vinculación inicial al RAIS, PORVENIR también debía cumplir con el deber de información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

que, contrario a lo argumentado por PORVENIR S.A. en el recurso de alzada "...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... 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).*

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 tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, 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.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal y contrario a lo expuesto por PORVENIR S.A. al interponer el recurso de alzada, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido 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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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”.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales 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 afiliada la 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. No obstante, deberá modificarse la decisión para incluir en la devolución las primas de seguros previsionales y las comisiones, cuyo pago deben asumir las administradoras demandadas con cargo a sus propios recursos, por las mismas razones antes señaladas.

Corolario de lo anterior y 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 esta entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

“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 las AFP's devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la 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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante y aquella a la que estuvo afiliada la demandante, tienen el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad, con lo cual se satisface además la solicitud del apoderado apelante de que se les condene al pago de los perjuicios económicos que generó la falta al deber de información.

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.

Basta simplemente señalar que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora CASTIBLANCO CLAVIJO significa que las cosas vuelven al estado en que se hallarían si el traslado no se hubiere efectuado, esto es, la demandante debería retornar a CAJANAL que era su administradora de pensiones anterior al traslado, no obstante, con la expedición de la Ley 1151 de 2007 se ordenó al Gobierno la liquidación definitiva de CAJANAL, hecho que ocurrió en efecto con la expedición del Decreto 2196 del 12 junio de 2009.

Así las cosas, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 que en su parte pertinente dispuso: *“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán*



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”

Por lo anterior y como quiera que la pretensión de la demanda se formuló en torno a retornar al régimen de prima media con prestación definida que actualmente solo administra COLPENSIONES, será esa demandada la encargada de recibir a la demandante y activar su afiliación, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 dispuso que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS, hoy COLPENSIONES.

De conformidad con las razones expuestas se MODIFICARÁ la decisión en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado, en los puntos correspondientes a la inclusión de todos los conceptos que componen la cuenta de ahorro individual, la inclusión de la devolución de comisiones y primas de seguros previsionales y se CONFIRMARÁ en lo demás la sentencia impugnada.

En cuanto a la condena en costas, encuentra la Sala que le asiste razón al apoderado actor en cuanto a que debe condenarse también a COLPENSIONES y a PORVENIR, toda vez que según el artículo 365 del C.G.P. se condena en costas a la parte vencida en el proceso que también lo fueron estas dos demandadas, sin que deban atenderse aspectos subjetivos de cada una de ellas. Por lo anterior, se modificará el numeral sexto de la sentencia en el sentido de condenar en costas también a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 tercero de la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar también con destino a COLPENSIONES las sumas que se hayan descontado por concepto de comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar también con destino a COLPENSIONES las sumas que se hayan descontado por concepto de comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia apelada y **CONDENAR** en costas también a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia,

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.



28

Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 15 2019 00832 01
Demandante: ADELA CONSTANZA SOETENDAL
Demandados COLPENSIONES, COLFONDOS y PROTECCIÓN

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado en el mes de diciembre de 1999 a COLFONDOS, por existir un vicio del consentimiento y al haber omitido la AFP el deber legal de información. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a PROTECCIÓN S.A. como administradora actual, a tramitar el regreso



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

automático de la señora ADELA al régimen de prima media con prestación definida y al traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 172,29 semanas, que a partir del 1º de diciembre de 1999 se hizo efectivo el traslado de régimen pensional a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para lo cual suscribió el formulario de afiliación el 13 de diciembre de 1999. Que para ello el asesor de COLFONDOS se limitó a dar una charla de 10 o 15 minutos en su lugar de trabajo en la que le informó las bondades del RAIS, por lo que considera que no recibió asesoría completa y veraz al momento de trasladarse de régimen pensional, omitiendo COLFONDOS informar todas las consecuencias y, en particular, el perjuicio económico que le implicaría su traslado al RAIS. Que realizó un traslado horizontal entre administradoras del RAIS el 5 de febrero de 2001 a PROTECCIÓN S.A. el cual solo contempló la posibilidad de asesoría para trasladarse entre administradoras de RAIS y no para retornar al Régimen de prima media con prestación definida.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda, PROTECCIÓN S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones bajo el sustento que no existe fundamento legal para que COLPENSIONES reactive la afiliación de la demandante o reciba sus aportes, toda vez que se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen por estar a menos de 10 años para pensionarse, además que no puede predicarse que siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media, pues por su propia voluntad manifestó su decisión de pertenecer a PROTECCIÓN S.A., que no existe vicio del consentimiento en la afiliación a PROTECCIÓN que conlleve nulidad ni alguna causal de ineficacia, además que los aportes que están acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS. Refirió que no puede



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

condenarse a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES intereses financieros, toda vez que PROTECCIÓN no es poseedor de las cuentas de ahorro individual que administra. Refirió que no es posible aplicar el artículo 1746 del Código Civil que señala que, como efecto de la declaración de nulidad, cada parte será responsable de las pérdidas de las especies o de su deterioro, pues no se ha demostrado deterioro alguno en la cuenta de ahorro individual de la demandante sino que por el contrario se han generado rendimientos financieros. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones, pues si bien es cierto que la mayoría no se dirigen en su contra, también lo es que la declaratoria de ineficacia solicitada llevaría implícito el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, además que esta se encuentra válidamente afiliada a PROTECCIÓN S.A. y, por ende, no se puede vincular al régimen de prima media ni recibir aportes de la demandante. Formuló como excepciones las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, recordándole las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, entre otras; por ende, su decisión fue libre, voluntaria y espontánea. En cuanto a los vicios del consentimiento, señaló que no especificó la demandante en



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

qué consistió la acción fraudulenta de la AFP y que no se puede concluir que el acto de traslado fuera ineficaz, por cuanto cumplió con todos los presupuestos legales y el formulario de afiliación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y, por ende, el consentimiento no está viciado. Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de octubre de 2021 DECLARÓ la nulidad del traslado realizado por la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, efectuado el día 13 de diciembre de 1999 y, por ende, también el traslado horizontal efectuado a PROTECCIÓN, AFP a la que condenó a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

Como sustento de su decisión, señaló en síntesis que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha emitido varias sentencias relacionadas con el deber de información de las AFP y ha indicado que la firma del formulario de afiliación y las afirmaciones contenidas en esos formatos preimpresos, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, que, a lo sumo acreditan el consentimiento pero no informado. Señaló además que debe verificarse en cada caso concreto, que la información dada por el promotor o asesor, además de contener aspectos favorables, también le haya indicado aspectos



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

desfavorables del cambio de régimen pensional a la afiliada indicándole siquiera cuál era el capital necesario para pensionarse en el RAIS, que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación, que la carga de la prueba de ese consentimiento informado está en las AFP que deben allegar las pruebas de que impartieron una información veraz al afiliado, que el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS y que no es necesario que el afiliado esté en el régimen de transición o que tenga un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado. Luego del análisis de las pruebas aportadas al plenario, advirtió que la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL estuvo afiliada inicialmente al régimen de prima media con prestación definida y que no puede hablarse de una afiliación inicial, como lo indicó COLFONDOS en los alegatos de conclusión, sino de un traslado de régimen pensional como lo refirió la propia administradora desde la contestación de la demanda. Que COLFONDOS no demostró que haya impartido la información necesaria para que la demandante emitiera su consentimiento informado en los términos antes indicados, además que para el momento de la afiliación no se verificó si en realidad la demandante estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Además que del formulario de vinculación no pueden verificarse los términos de la asesoría que dice COLFONDOS haber suministrado a la demandante al momento del traslado y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia que se haya cumplido con el deber de información y que se haya suministrado la información que le permitiera conocer las implicaciones del cambio que estaba efectuando. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida realizado por la demandante y ordenó a PROTECCIÓN trasladar todos los aportes y rendimientos financieros que posea la demandante en su cuenta de ahorro pensional, sin que puedan descontarse gastos de administración. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción porque la solicitud que aquí se invoca constituye una pretensión declarativa. Condenó en costas a todas las demandadas, a favor de la demandante.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpuso el recurso de apelación en lo relativo a la devolución de gastos de administración con respecto a la declaratoria de ineficacia, por cuanto la comisión de administración es un descuento autorizado por el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7º de la ley 797 de 2003, que obra en el expediente el certificado de los rendimientos generados a favor de la demandante, duplicando incluso el dinero ahorrado en el RAIS, por lo que no permitir que se descuenten en el traslado de los aportes los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de la afiliada, además que ya se le están trasladando los rendimientos financieros obtenidos como fruto de la buena gestión de administración de PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a mantener esa comisión como una restitución mutua a su favor y no hay razón para trasladarla a COLPENSIONES. Resaltó que para ese caso particular de la ineficacia del traslado, debe darse aplicación a lo que ha señalado la Superintendencia Financiera, esto es, que cuando se genere una ineficacia, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual o rendimientos en el porcentaje del Fondo de Garantía de la pensión mínima, respetando la destinación o los aportes pensionales realizados y la gestión de administración, que la condena a su devolución implica una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN que se tendría que revisar a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de ésta y en este proceso no quedó demostrada la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación y no frente al tema de perjuicios. Refirió que, frente a la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, opera la prescripción por ser conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica de vejez. Refirió que PROTECCIÓN S.A. no informó que el bono pensional lo hubiera pagado tardío, sino que no se había reconstruido, que son palabras distintas.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación por cuanto la parte motiva de la sentencia se refirió a la ineficacia del traslado y, al momento de resolver, se declaró la nulidad, figuras jurídicas distintas y, por tanto, con circunstancias fácticas y consecuencias también diferentes. Solicitó que la ineficacia del traslado no se predique de todos los casos de manera automática, sino dependiendo de las circunstancias particulares de cada uno, que en este caso particular la afiliación cumplió con todos los requisitos de validez, legalidad y buena fe contractual entre las partes, además que dentro del plenario no se probó de parte de la demandante algún vicio del consentimiento que invalidara su afiliación, que no se puede acceder a la pretensión de declarar la nulidad o la ineficacia porque se demostró que sí se brindó información al momento de la afiliación inicial a COLFONDOS y que sí tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tanto así que se trasladó horizontalmente entre diferentes fondos del mismo régimen y que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son considerados como actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto al momento de determinar las ineficacias del traslado. Refirió que no puede ser tenida en cuenta para determinar una ineficacia o una nulidad, una decisión que no cumple con las expectativas, lo que no constituye una falta de información. Indicó que la afiliación inicial de la demandante fue a COLFONDOS S.A. y no estuvo afiliada con anterioridad al régimen de prima media, como consta en su historia laboral y en el SIAFP y si bien es cierto en la historia laboral de PROTECCIÓN aparece una reconstrucción de su historia, no hay soporte aportado sobre el mismo, además que la demandante confesó en su interrogatorio de parte que se afilió a COLFONDOS con el conocimiento de que era una afiliación inicial y se presentan inconsistencias en lo dicho, ya que informó que solo hace 2 años tuvo conocimiento de una presunta afiliación al ISS, pero como indica PROTECCIÓN desde el año 2011 y 2014 con su entidad solicitó corrección de su historia laboral y en 2016 existen documentos de solicitud a COLPENSIONES para la misma corrección. Indicó que de buena fe y bajo los parámetros legales, COLPENSIONES no recibió la afiliación a la demandante que está a menos de 10 años para pensionarse ya que cuenta con la edad pensional de 57 años, por lo que no es procedente la condena en costas.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y COLPENSIONES y la parte demandante, aportaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal 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

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, efectuado por la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL y, por ende, ordenarse el traslado de los dineros que posee en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

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.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL se afilió a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 13 de diciembre de 1999 según formulario de afiliación de folio 44, en el que nada se dice respecto de administradora anterior a la que se encontrara afiliada la actora, quien se afilió a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER el 5 de febrero de 2001 procedente de COLFONDOS S.A. como consta en el formulario de afiliación de folio 71 del plenario. En documento denominado “reporte estado de cuenta Fondo de Pensiones Obligatorias” en la que se relacionan las semanas cotizadas a COLFONDOS desde el mes de marzo de 2001 se lee en la parte introductoria “*Tipo de vinculación: traslado AFP*” (folios 197 al 224 del expediente digital). Conforme formulario SIAFP la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL realizó una vinculación inicial a COLFONDOS el 13 de diciembre de 1999, se trasladó a ING el 5 de febrero de 2001, el 31 de diciembre de



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

2012 se efectuó cesión por fusión a PROTECCIÓN y se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 28 de junio de 2019 (folio 226). Según la historia laboral de PROTECCIÓN S.A. se reportó como fecha de la primera cotización al Sistema de Pensiones el mes de septiembre de 1988 y se registraron cotizaciones hasta el mes de diciembre de 1991 con la anotación “*origen de la información otro régimen*” (folios 229 al 241). Conforme al expediente administrativo aportado por COLPENSIONES y que obra en el expediente digital, la demandante solicitó a la entidad la corrección de su historia laboral para incluir las semanas cotizadas desde junio de 1988 hasta diciembre de 1990, trámite que se realiza desde el año 2016. En interrogatorio de parte rendido por la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL, aceptó que no recuerda haber firmado formulario de afiliación al Instituto de Seguros Sociales antes de su afiliación a COLFONDOS, sin embargo, señaló que una vez cumplió los 57 años y empezó a verificar las semanas de cotización con las que contaba, se enteró que estuvo afiliada al ISS por intermedio de su hermano. Por su parte, el señor representante legal de PROTECCIÓN S.A. explicó que una vez la demandante solicitó el trámite de bono pensional a esa AFP inició el proceso de reconstrucción de las semanas cotizadas al régimen de prima media para la emisión de bono pensional Tipo A, conforme la información suministrada por la actora.

CONCLUSIÓN

Previo a abordar el análisis de la ineficacia del traslado de régimen pensional y, para efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, debe indicarse que, si bien es cierto no obra reporte de semanas de cotización de COLPENSIONES y que en el Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión SIAFP no se reportan semanas de cotización anteriores al 13 de diciembre de 1999, también lo es que la AFP PROTECCIÓN S.A. ante la solicitud de la afiliada de trámite del bono pensional, reconstruyó la historia laboral e incluyó dentro de las semanas de cotización las comprendidas entre junio de 1988 y diciembre de 1990, las que se reportan como válidas para la emisión de bono pensional Tipo A, como también lo aceptó en el interrogatorio de parte, razón por la cual se concluye que la señora ADELA CONSTANZA SOETENDAL sí estuvo afiliada al régimen de prima media con



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

prestación definida y que lo que ocurrió en el mes de diciembre de 1999 no fue una vinculación inicial al RAIS sino un traslado del régimen de prima media al de ahorro individual.

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, la AFP COLFONDOS S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la demandante al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., como quiera que 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, pues la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora SOETENDAL 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 la 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. No desvirtúa la anterior conclusión el hecho que la demandante haya confesado en su interrogatorio de parte que no tenía conocimiento que estuvo afiliada previamente al Instituto de Seguros Sociales, que no recuerda haber firmado un formulario de afiliación a esa entidad y que lo que ocurrió el 13 de diciembre de 1999 fue una vinculación inicial a COLFONDOS, pues, como ya quedó señalado, la señora ADELA CONSTANZA sí se había afiliado previamente al régimen de prima media y era obligación del asesor de COLFONDOS verificar cuál era su condición pensional, pues según lo narrado por la actora en el interrogatorio de parte todo lo que le indicó estaba relacionado con su previa afiliación al ISS, afirmaciones que se hicieron sin siquiera efectuar la previa revisión del estado de su afiliación al Sistema General de Pensiones, lo que en manera alguna puede entenderse como el cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP demandada.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

Esa carga probatoria tampoco la suplió la administradora PROTECCIÓN S.A. pues no se demuestra la debida asesoría otorgada al momento del traslado a ella en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, obligación que, contrario a lo argumentado en los recursos 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).

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado légo que solicita el



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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, 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.

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*

En este punto, es dable recordar que la Sala del máximo Tribunal ha establecido de manera reiterada y pacífica que la omisión al deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de nulidades o de la inexistencia, toda vez que si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma queda sin efecto conforme al artículo 271 de la ley 100 de 1993 y, en ese entendido, se modificará la decisión en el sentido de declarar la ineficacia del traslado, pues razón tiene COLPENSIONES en su recurso de apelación en cuanto



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

a que en la parte considerativa de la sentencia se determinó declarar la ineficacia del traslado, pero en la resolutive se declaró la nulidad.

Por otra parte, es dable precisar que con la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como consecuencia de la ineficacia del traslado se deben devolver también los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral 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.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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".



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras al pago de 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 afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP, que debe asumir la consecuencia de tal conducta.

Así las cosas, debe ordenarse no solo a la actual administradora la devolución de los aportes incluidas las comisiones por gastos de administración y las primas de seguros previsionales pagadas durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada en dicha AFP con destino a COLPENSIONES, sino que también COLFONDOS S.A. debe devolver los referidos conceptos por lo que se modificará la sentencia en este puntual aspecto, sumas que además deberán pagarse de manera indexada, no como un valor adicional a la condena, sino que corresponde a la actualización de las sumas al momento del pago que en realidad le corresponde a la beneficiaria, al respecto, la sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021 relacionado en las premisas normativa asentó que dicha figura *“pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral...”*

Corolario de lo anterior, no resta mencionar que la decisión adoptada no afecta el principio de la sostenibilidad financiera en lo que a COLPENSIONES se refiere, al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019 señaló:

“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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 decisión adoptada en primera instancia no vulnera el principio de sostenibilidad fiscal, pues las AFPs devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la 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 de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

cotizado al régimen de ahorro individual hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad.

Respecto de la excepción de prescripción la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 relacionadas en las premisas normativas, 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.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas realizada por el *a quo* en contra de COLPENSIONES y que fue otros de los puntos de disenso en el presente asunto, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, COLPENSIONES fue vencida en juicio, al haber sido condenada a recibir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como la de activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida y si bien no tuvo participación alguna en el acto de traslado inicial de un régimen a otro, lo cierto es que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, fue acertada la condena impuesta.

De conformidad con las razones expuestas se MODIFICARÁ la decisión en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado, en los puntos correspondientes a la inclusión de todos los conceptos que componen la cuenta de ahorro individual, la inclusión de la devolución de gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de manera indexada, se ADICIONARÁ la condena respecto de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y se CONFIRMARÁ en lo demás la sentencia impugnada.

Dadas las resultas del proceso, se condenará en COSTAS en esta instancia a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 primero de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado por la señora **ADELA CONSTANZA SOETENDAL** del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de la **AFP COLFONDOS** efectuado el día 13 de diciembre de 1999.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia objeto de estudio de la siguiente manera:

“**TERCERO: CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **ADELA CONSTANZA SOETENDAL** 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 ni primas de seguros previsionales, los cuales se deben trasladar de manera indexada al momento de su pago y a **COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante”.

TERCERO: ADICIONAR como numeral **OCTAVO** de la sentencia de primera instancia el del siguiente tenor:



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

“OCTAVO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a dicha administradora, con cargo a sus propios recursos, los cuales se deben trasladar de manera indexada al momento de su pago”.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 38 2018 00226 01
Demandante: LIGIA MARGARITA RAMIREZ DE JIMENEZ
Demandados: AVIANCA S.A. y ALLIANZ SEGUROS S.A.

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante LIGIA MARGARITA RAMIREZ DE JIMENEZ y por la demandada AVIANCA S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

La señora LIGIA MARGARITA RAMIREZ DE JIMENEZ presentó demanda en contra de AVIANCA S.A. y de ALLIANZ SEGUROS S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se les condene a RELIQUIDAR la mesada pensional de sobrevivientes reconocida a la señora LIGIA MARGARITA RAMIREZ tras el fallecimiento del señor JORGE ELIECER JIMENEZ MANTILLA en cuantía de \$822.355 para abril de 2008, teniendo en cuenta los salarios del último año laborado, esto es, del 1º de julio de 1983 al 31 de julio de 1984 indexando el IBL al momento de la causación del derecho. Que se les condene al pago de las diferencias pensionales causadas desde el 9 de abril de 2008 hasta que se haga



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

efectivo el pago y al pago de los intereses moratorios causados sobre cada una de ellas.

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó la demandante que, mediante sentencia del 15 de julio de 1991, el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a AVIANCA S.A. al reconocimiento y pago al señor JORGE ELIECER JIMENEZ MANTILLA de la pensión restringida de jubilación del artículo 8º de la ley 171 de 1961 al cumplimiento de los 60 años de edad en cuantía que no sea inferior al salario mínimo mensual legal. Que el 19 de noviembre de 2006 falleció el señor JIMENEZ MANTILLA sin haber causado el derecho a la pensión restringida de jubilación antes referida, por lo que la señora LIGIA MARGARITA RAMIREZ DE JIMENEZ fue pensionada por AVIANCA en conmutación pensional con COLSEGUROS en el año 2008, en calidad de cónyuge. Que AVIANCA reconoció la pensión a la demandante en cuantía de \$561.992 en el año 2008 con que se conocieran los valores que se tuvieron en cuenta para su cálculo. Que el promedio salarial del causante en el último año de servicios fue de \$43.313, por lo que el IBL actualizado al año 2008 correspondía a \$1'551.613 al que aplicada una tasa de remplazo del 53% arroja una primera mesada pensional de \$822.355.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda ALLIANZ SEGUROS S.A. la contestó sin oponerse a las pretensiones por no encontrarse legitimada en la causa por pasiva ya que entre ella, la demandante, el causante y AVIANCA S.A. no ha existido vínculo contractual alguno, además que la pensión con conmutación pensional que disfruta la demandante es pagada por la sociedad ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., persona jurídica distinta de ALLIANZ SEGUROS S.A. Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, inexistencia de contrato de conmutación pensional, prescripción y buena fe.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

La demandada AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto para los años 1983 y 1984 no se cotizaba por salarios reales sino por las categorías correspondientes y, de todas maneras, quedó exonerada de la pensión concedida a la demandante al realizar la conmutación con COLSEGUROS y, por ende, no tiene obligación alguna respecto a aquella. Refirió que la primera mesada pensional utilizando el último salario del causante de la pensión, el porcentaje correspondiente al tiempo de servicios y la indexación, arroja la suma de \$548.362,82, inferior a la reconocida - \$561.992 que es superior al salario mínimo mensual legal vigente para el año 2008. Formuló como excepciones las de prescripción, cosa juzgada, conmutación de la pensión, pensión debidamente calculada y pagada, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y prescripción.

En audiencia pública del 5 de diciembre de 2019 se ordenó vincular como litisconsorte necesaria a la sociedad ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. que debidamente notificada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones dirigidas en su contra, teniendo en cuenta que celebró un acuerdo de conmutación pensional con AVIANCA S.A. en el cual, previo al traslado de los recursos, la primera se encargó de pagar el pasivo pensional de la segunda, sin que a su cargo estuviera la obligación de liquidar las mesadas pensionales correspondientes a la demandante, pues tal liquidación la efectuó AVIANCA S.A. en calidad de empleadora del causante, por lo que fue esa sociedad la que realizó los cálculos para determinar el valor de la mesada y la que, con base en ello trasladó los recursos a ALLIANZ para el pago de la pensión. Refirió que, en caso de impartirse condena contra ella, debe ordenarse a AVIANCA que traslade los recursos para financiar y responder por lo solicitado, pues no es obligación de ALLIANZ responder por las mesadas reliquidadas. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción y buena fe.

Dentro del término legal, la demanda se reformó para incluir como demandada a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. y se modificaron los hechos y pretensiones en relación con la nueva demandada. La reforma de la demanda se admitió mediante



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

auto del 9 de diciembre de 2020 y las demandadas la contestaron en los mismos términos de la demanda inicial.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 CONDENÓ a AVIANCA S.A. a reliquidar la pensión restringida de jubilación causada en favor de Jorge Eliécer Jiménez Mantilla, en cuantía inicial de \$717.008 pesos, a partir del 9 de abril del 2008 y la respectiva sustitución de la prestación reconocida a la demandante LIGIA MARGARITA RAMÍREZ, valor inicial respecto del cual se deberán efectuar los reajustes legales anuales. CONDENÓ a AVIANCA S.A. a pagarle a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. el capital necesario para que sufrague a la demandante las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho a partir del mes de agosto del año 2014 y para financiar hacia el futuro el reajuste ordenado a través de la sentencia en el marco de la conmutación pensional efectuada, para lo cual determinó que AVIANCA S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., deberán adelantar las gestiones administrativas y financieras pertinentes dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Efectuado lo anterior, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A, deberá pagar a la demandante las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho, causadas entre lo pagado y lo que ha debido sufragarse desde agosto del año 2014, en su condición de entidad pagadora de la pensión, las que deberán indexarse. AUTORIZÓ a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., para que descuente de las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho la demandante LIGIA MARGARITA RAMÍREZ, en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en salud.

Para así decidir señaló que mediante sentencia del 15 de julio de 1991 el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá condenó a AVIANCA S.A. a reconocer al trabajador Jorge Eliécer Jiménez Mantilla pensión restringida de jubilación en los términos del artículo 8º de la ley 171 de 1961 a partir del momento que alcanzara



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

los 60 años de edad, por haber prestado sus servicios a esa empresa entre el 3 de agosto de 1970 y el 31 de julio de 1984, decisión que confirmó el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 29 de noviembre de 1991. Que el trabajador nació el 9 de abril de 1948 y falleció el 19 de noviembre de 2006. Que AVIANCA S.A. reconoció la pensión de sobrevivientes a LIGIA MARGARITA RAMIREZ en su condición de cónyuge supérstite a partir del 9 de abril de 2008, fecha en la que el trabajador cumpliría los 60 años de edad, en cuantía inicial de \$561.992 que se conmutó con la Aseguradora de Vida COLSEGUROS que actualmente es ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., quien asumió el pago a partir del 30 de diciembre de 2008, acreditándose por esta vía el status de pensionada de la demandante. Refirió que conforme el artículo 8 de la ley 171 de 1961, la pensión restringida debe liquidarse con el promedio de lo devengado en el último año de servicios siendo el monto de la prestación proporcional al tiempo de servicio en relación con la que le habría correspondido de haber cumplido con todos los requisitos para la pensión plena. Señaló que el salario para la determinación de la cuantía de la prestación es el establecido en oportunidad anterior en sede judicial por valor de \$37.070,39 que era la remuneración que devengaba Jorge Eliécer Jiménez Mantilla a la finalización de la relación laboral con AVIANCA S.A. como se infiere del contenido de la sentencia del Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, pues no militan en el informativo elementos de juicio adicionales que permitan inferir un salario promedio superior para el último año de servicios. Indicó que lo que se plantea en la demanda es que se tomen los salarios base de cotización efectuados por AVIANCA S.A. al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en el último año de servicios del ex trabajador, esto es, del 31 de julio de 1983 al 31 de julio de 1984, lo que es improcedente atendiendo a que los aportes para el aseguramiento de los riesgos de la invalidez, vejez y muerte para el período mencionado estaban determinados por la existencia de unas tablas de categorías de aportes que imponían un tope de salarios mínimos y máximos asegurables de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo 008 de 1982 emanado del Consejo de Seguros Sociales Obligatorios aprobado por el decreto 2303 de 1983 y por ende el aporte no se efectuaba sobre el salario efectivamente devengado sino sobre el salario determinado por el rango en que se encontraba la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

remuneración del afiliado, por lo que no es dable tener en cuenta tal rasero para determinar el IBL de la prestación que en últimas le fue otorgada a la demandante. Para determinar el valor de la pensión refirió que, tal como lo ha dejado claro la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la indexación de la primera mesada procede respecto de todo tipo de pensiones causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, pues la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es una situación que afecta a todas las pensiones por igual. Por lo anterior, para definir el IBL partió de la suma de \$37.070,39, la cual para efectos de la determinación de la primera mesada pensional debe indexarse teniendo en cuenta como IPC inicial el de la fecha de terminación del contrato de trabajo – julio de 1984 y como IPC final el del mes de abril de 2008, fecha de exigibilidad de la prestación.

Calculó el monto de la pensión determinado por los 13 años, 11 meses y 24 días de servicios prestados por Jorge Eliécer Jiménez Mantilla a AVIANCA desde el 3 de agosto de 1970 al 31 de julio de 1984 lo que corresponde a un 52,43% del salario base de liquidación. Señaló que al verificar las operaciones aritméticas se obtiene una base salarial indexada de \$1'367.553 que al aplicarle la tasa de remplazo del 52,43% arroja una primera mesada pensional de \$717.008 superior a la suma de \$561.992 reconocida por AVIANCA por lo que corresponderá a esta reliquidar la mesada pensional de la demandante en cuantía inicial de \$717.008 a partir del 9 de abril de 2008, suma respecto de la cual deberán aplicarse los ajustes legales anuales.

En relación con la excepción de prescripción señaló que la demandante reclamó la reliquidación el 17 de agosto de 2017 con lo que interrumpió el término respecto de las diferencias pensionales causadas tres años antes y como la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes, solo se interrumpió el fenómeno prescriptivo respecto de diferencias de mesadas pensionales causadas desde agosto de 2014 en adelante. Ordenó además que las diferencias pensionales se indexen. En virtud de la conmutación pensional, condenó a AVIANCA S.A., a pagar a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. el capital necesario para sufragar a la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demandante las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho desde agosto de 2014 así como financiar hacia el futuro el reajuste ordenado mediante la sentencia. Determinó entonces que AVIANCA S.A., y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. adelanten las gestiones administrativas y financieras pertinentes dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y como quiera que ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. es la pagadora de la prestación deberá pagar las diferencias pensionales indexadas a la demandante.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 consideró que al condenarse al pago de las diferencias pensionales indexadas, se subsumieron las eventuales consecuencias de una mora, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente se ha advertido incompatibilidad entre el pago indexado de una suma con el reconocimiento de intereses moratorios, aunado a que para la determinación del IBL AVIANCA S.A. acudió a raseros que son admisibles, aunque no los comparta el a quo, pues no podría deducirse un ánimo de perjudicar que implique el pago de la mora y por ello optó por el pago indexado de las diferencias. AUTORIZÓ a ALLIANZ S.A. a descontar del retroactivo de las mesadas pensionales los aportes a salud con destino a la EPS de la demandante.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el fin que se revise la liquidación respecto al reajuste de la mesada pensional, teniendo en cuenta que el a quo tomó como salario el que fue probado dentro de la sentencia judicial que ordenó el pago de la pensión restringida de jubilación al causante, es decir el valor de \$37.060,39 y que al realizar la operación aritmética al Despacho le da arroja un IBL de \$1'367.553 actualizados al año 2008 y aplicando el 52,48% del tiempo que laboró el causante, arroja una mesada pensional para el año 2008 de \$716.008 y que al realizar el mismo ejercicio aritmético teniendo en cuenta el valor del salario determinado en la sentencia judicial del 91, arroja un valor de \$1'570.219 y al multiplicarlo por el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

tiempo proporcionalmente laborado por el causante (52,48%) arroja una mesada pensional de \$824.314 para el 2008. Solicitó asimismo que se revise la procedencia de los intereses moratorios teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 3130 de 2020 y SL 1981 de 2020) cuando se trata de temas de reliquidación de mesadas pensionales y reajustes pensionales.

La demandada AVIANCA S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia, indicó estar conforme con la tasa de remplazo del 52,44% y el salario base de liquidación ya que el mismo había hecho tránsito a cosa juzgada conforme a la sentencia del juzgado primero y era la que correspondía, señaló que la disconformidad radica en la forma como el juzgado halla la primera mesada pensional del 2008 porque el salario base ajustado con el IPC año tras año da una cifra diferente a la que le dio al juzgado en cuestión puramente aritmética porque el monto que daba era \$548.362,82, que al existir un error aritmético en el modo de hallar esa mesada pensional es que se interpone el recurso de apelación. El segundo punto del recurso de apelación lo refirió en cuanto a que ALLIANZ de manera pura y simple se obligó a la conmutación de esa mesada pensional y al reconocimiento y pago de ella, que en esa mesada pensional ya está como acreedor ALLIANZ luego no podría haber condena a AVIANCA sino que sería solamente en contra de ALLIANZ.

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, la demandante LIGIA MARGARITA RAMIREZ DE JIMENEZ y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. formularon 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,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Resultó acertado el cálculo de la actualización de la base salarial para la determinación de la primera mesada pensional que se reconoció a la señora LIGIA MARGARITA RAMIREZ DE JIMENEZ en forma proporcional al tiempo laborado por el señor Jorge Eliécer Jiménez Mantilla?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 30.602 del 13 de septiembre de 2007:

“Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$$

De donde:

$$VA = IBL \text{ o valor actualizado}$$

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas”.

Reiterada, entre otras, en la sentencia SL 525 de 2022.

PREMISAS FÁCTICAS

Teniendo en cuenta que los apelantes manifestaron su conformidad respecto del promedio salarial del último año de servicios (\$37.070,39) y la tasa de reemplazo (52,43%), solamente se verificará la actualización de la base salarial para el cálculo de la primera mesada pensional, teniendo en cuenta como fecha de finalización del contrato el 31 de julio de 1984 y como fecha de exigibilidad de la pensión el 9 de abril de 2008.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas procede la Sala a efectuar la liquidación de la base salarial para el cálculo de la primera mesada pensional conforme la fórmula establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

$$VA = \$37.070,39 \times \frac{IPC\ 2007}{IPC\ 1983}$$

$$VA = \$37.070,39 \times \frac{92,87228}{2,35867}$$

$$VA = \$37.070,39 \times 39,374851$$

$$VA = \$1'459.641,08$$

Debe tenerse en cuenta que el IPC final y el inicial corresponden al de la última anualidad en la fecha de pensión y la última anualidad en la fecha de retiro, respectivamente y no al del mismo año en que cada una de ellas ocurrió como las tomó el a quo y que era el anterior criterio que tenía establecido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y por ello la diferencia en los valores, razón por la cual se modificará el numeral segundo de la sentencia en el sentido de señalar que la cuantía inicial de la pensión restringida de jubilación del señor Jorge Eliécer Jiménez Mantilla debió corresponder a la suma de \$765.289,81, teniendo en cuenta la base salarial actualizada que se acaba de calcular y la tasa de reemplazo del 52,43%.

Resultó acertada la decisión del a quo en cuanto a la negativa a los intereses moratorios pero no por las razones expuestas en la sentencia sino porque la pensión restringida de jubilación que se reconoció al trabajador a la fecha de finalización del contrato de trabajo lo fue con fundamento en la ley 171 de 1961 y no en la ley 100 de 1993, por lo que no son aplicables los intereses moratorios del artículo 141 de la referida norma que son los que se solicitan en la demanda.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Corresponde a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. el pago de la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora LIGIA MARGARITA RAMIREZ



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

DE JIMENEZ en virtud de la conmutación pensional que efectuó AVIANCA S.A. o, por el contrario, corresponde a esta última transferir los recursos correspondientes para efectuar ese pago como lo determinó el a quo?

PREMISA NORMATIVA

Decreto 1260 de 2000

PREMISAS FÁCTICAS

El 30 de diciembre de 2008 se celebró entre la sociedad AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A. y la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. un contrato de conmutación pensional en virtud del cual la aseguradora asumió íntegramente las obligaciones nacidas de las relaciones laborales de AVIANCA con los pensionados (que se relacionan en el anexo No. 1) y todos los riesgos asociados al pago de las mismas. En el numeral tercero de tal contrato se señaló expresamente:

“3. PAGOS DE PRIMA ADICIONAL

Las partes acuerdan que AVIANCA reconocerá a la ASEGURADORA como PRIMA ADICIONAL, las sumas que la ASEGURADORA deba pagar a los pensionados de AVIANCA, cuando una decisión judicial que se encuentre debidamente ejecutoriada le ordene a la ASEGURADORA pagar por los siguientes conceptos:

- *Ajustes de mesadas resultantes de la indexación de la primera mesada pensional. Para efectos de claridad, las partes de común acuerdo aceptan expresamente que no habrá lugar a prima adicional cuando se trate de ajustes de la primera mesada originados en casos diferentes a la indexación”. (Archivo 2. Prueba 1 – acuerdo de conmutación pensional de la carpeta 04 Contestación Allianz Seguros del expediente digitalizado).*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

No fue objeto de discusión entre las partes que AVIANCA S.A. reconoció la pensión de sobrevivientes a LIGIA MARGARITA RAMIREZ en su condición de cónyuge supérstite del causante Jorge Eliécer Jiménez Mantilla a partir del 9 de abril de 2008, fecha en la que el trabajador cumpliría los 60 años de edad, en cuantía inicial de \$561.992 y que en virtud de la conmutación pensional referida en líneas anteriores, la aseguradora, hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., asumió el pago a partir del 30 de diciembre de 2008.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas advierte la Sala que fue acertada la decisión del a quo de condenar a AVIANCA S.A. a pagar a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. el capital necesario para sufragar a la demandante las diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho desde agosto de 2014 así como financiar hacia el futuro el reajuste ordenado, toda vez que el mismo acuerdo de conmutación pensional celebrado entre la empleadora y la aseguradora dispuso que AVIANCA reconocería a la ASEGURADORA como PRIMA ADICIONAL, las sumas que ésta última deba pagar a los pensionados de AVIANCA, cuando una decisión judicial le ordene a la ASEGURADORA pagar los ajustes de mesadas resultantes de la indexación de la primera mesada pensional, máxime si se tiene en cuenta que fue AVIANCA la que calculó en forma errónea la mesada pensional de la demandante desde el momento de su reconocimiento, por lo que la decisión debe confirmarse.

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;



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2021, en el sentido de señalar que la cuantía inicial de la pensión restringida de jubilación causada a favor del señor Jorge Eliécer Jiménez Mantilla debió corresponder a la suma de \$765.289,81, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia POR NO HABERSE CAUSADO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 11 2019 00136 01
Demandante: EUNICE HERNÁNDEZ
Demandada: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora EUNICE HERNÁNDEZ interpuso demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que dependía económicamente de su hija EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ (Q.E.P.D.) al momento de su fallecimiento y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes desde el 11 de agosto de 2013, junto con los incrementos a que hubiere lugar, los intereses moratorios, la indexación de las sumas reconocidas y las costas procesales.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó la demandante que nació el 13 de septiembre de 1942, que tuvo vida marital con el señor NOEL BARRAGÁN de cuya unión nació su hija EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ el día 06 de diciembre de 1961 quien, a su vez, procreó a HÉCTOR y NOEL FERNANDO CORTÉS BARRAGAN, nacidos el 1º de septiembre de 1981 y el 03 de diciembre de 1984 respectivamente. Que la señora EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ falleció el 10 de agosto de 2013, fecha para la cual sus hijos ya eran mayores de edad y que se encontraba afiliada a COLPENSIONES en donde tenía más de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento. De otro lado, indicó que EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ siempre vivió con ella, que su hija no hizo vida marital con persona alguna y siempre se dedicó cuidarla y a su sostenimiento. Refirió igualmente que la causante siempre la ayudó en los gastos del hogar tales como servicios públicos, mercado, medicamentos entre otros, que la ayuda económica proporcionada por su hija quien laboraba en la sociedad CASALIMPIA era constante, y devengaba un salario mínimo legal mensual vigente, dinero que dedicaba para los gastos de la casa y para su cuidado, lo anterior, pese a que ella (la demandante) tenía una pensión de salario mínimo que no le alcanzaba para cubrir los gastos básicos del hogar ni para la compra de los medicamentos. Por lo anterior, el fallecimiento de la causante le trajo penurias económicas, puesto que el dinero que recibe producto de la pensión no le alcanza para cubrir a cabalidad sus gastos económicos, de ahí que sus nietos y demás familiares se hayan visto forzados a colaborarle económicamente. Refirió que la colaboración económica de su hija ascendía a la suma mensual de \$400.000 aproximadamente, la que algunas veces podía ser superior y que sus familiares no todos los meses pueden cubrir, razón por la cual tiene que acudir a la ayuda de los vecinos y, por ello, elevó reclamación pensional ante Colpensiones, entidad que en primera y segunda instancia negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de no haber probado la dependencia económica para ser beneficiaria de la prestación.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones al sustentar que, de la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que la señora EUNICE HERNÁNDEZ no acredita la calidad de beneficiaria en condición de ascendiente (madre) para acceder a la pensión de sobrevivientes de conformidad con los presupuestos legales previstos en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, presunción de legalidad de los actos administrativos y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora EUNICE HERNÁNDEZ, DECLARÓ probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y CONDENÓ en costas a la parte demandante

Sustentó su decisión en que, de conformidad con los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, son tres los requisitos para que un padre adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, el primero que el afiliado fallecido hubiese cotizado 50 semanas antes de la fecha del deceso, que no tenga cónyuge o compañero permanente e hijos y que se acredite la dependencia económica, advirtiéndose según las pruebas obrantes al plenario el cumplimiento de los dos primeros requisitos; sin embargo, no se demostró el presupuesto de la dependencia económica, pues sobre este punto existe doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido reiteradamente que la



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

dependencia está concebida bajo el supuesto de la subordinación de los padres respecto de la ayuda económica de sus hijos y que no se descarta que los padres puedan percibir ingresos producto de su trabajo u otra actividad, siempre y cuando no los convierta en autosuficientes económicamente. De lo dicho se sigue que la dependencia económica debe contar con los requisitos de ser cierta y no presunta, que la ayuda económica sea regular o periódica y que las contribuciones deben ser significativas respecto al total de ingresos del beneficiario, de tal manera que se constituya en un verdadero soporte, es decir, que sea una ayuda representativa en comparación a los otros ingresos del progenitor sobreviviente y en ese entendido, de las pruebas arrimadas al plenario no se pudo comprobar por parte de la demandante que dependía económicamente de su hija bajo los presupuestos esgrimidos, pues la actora recibe un ingreso mensual derivado de su pensión de jubilación como consta en el acto administrativo obrante en el plenario; tampoco se demostró de manera fehaciente la regularidad o periodicidad de la ayuda económica de modo que sin ella no pudiera mantener sus condiciones de vida, ni logró probar que el apoyo fuera casi indispensable para su subsistencia.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso el recurso de apelación, bajo el argumento que, contrario a lo sustentado en la sentencia, sí se probó la dependencia económica de la actora respecto de su hija, con la testigo CECILIA BUSTOS y las demás pruebas que dan cuenta que la demandante tenía una dependencia económica, pues los recursos de su pensión de jubilación y las ayudas periódicas de su hija le permitían llevar una vida decorosa y suplir todas y cada una de las obligaciones mensuales a su cargo, observándose conforme a la documental allegada al proceso que a la demandante le hacían unos descuentos bancarios y le quedaban muy bajos los ingresos, por eso el dinero con el que le colaboraba su hija, le permitía completar lo necesario para mantener la casa, mantenerse ella misma y comprar los medicamentos. Igualmente señaló que las declaraciones y ratificaciones fueron consistente en este punto, siendo difícil probar mes a mes cuanto era lo que recibía la actora. Adujo respecto del interrogatorio rendido por la demandante y la dificultad para rendirlo, que hay que



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

tener en cuenta el estado de ancianidad, pues es una persona de más de 75 años, no obstante su declaración siempre fue consistente y se mantuvo en la posición que dependía económicamente de su hija sin que haya confesado lo contrario, solo se evidenció la dificultad de recodar cosas que rodearon el presente caso, sin embargo se mantuvo en decir que recibía una ayuda económica mensual, situación corroborada con las declaraciones de CECILIA y AMANDA, además que quedó acreditado que para la época de su fallecimiento, EUNICE no tenía beneficiarios que desplazarán a su señora madre en el derecho pensional.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

¿Acreditó la señora EUNICE HERNÁNDEZ el requisito de la dependencia económica para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de madre de la afiliada fallecida EUNICE BARRAGÁN FERNÁNDEZ?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en primera instancia que la señora EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ falleció el 10 de agosto de 2013 según registro civil de defunción de folio 40, que era hija de la señora EUNICE HERNÁNDEZ conforme el



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

registro civil de nacimiento de folio 27, que al momento de su deceso estaba afiliada a COLPENSIONES en donde cotizó para pensión más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento conforme se desprende de la relación de aportes obrante en el expediente administrativo contenido en el Cd de folio 59.

Dentro del trámite procesal se practicó el interrogatorio de la demandante quien básicamente refirió que toda la vida vivió con su hija, la señora EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ en el Líbano en la Calle 1° # 07 -07, que ella se casó con el padre de sus hijos con quien convivió un tiempo sin que recuerde el periodo, pero después regresó al hogar. Refirió que su hija le suplía los gastos, pues le entregaba \$400.000 mensuales y que a la fecha del fallecimiento de la causante, vivían las dos solas.

De otro lado, obra en el plenario declaración extra proceso de folio 33 rendida por el señor HÉCTOR CORTÉS BARRAGÁN ante la Notaría Quinta de Manizales el 05 de marzo de 2018 en la cual manifestó bajo la gravedad de juramento: *“que al momento de fallecer mi señora madre EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ...yo no dependía económicamente de sus ingresos”*. Igualmente se lee a folio 34 declaración extra proceso del 26 de marzo de 2018 del señor NOEL FERNANDO CORTÉS BARRAGÁN, quien declaró que *“al momento de fallecer mi señora madre EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ... y quien falleció en Ibagué el 10 de agosto de dos mil trece (2013) ..yo no dependía económicamente de sus ingresos*. Ambos declarantes ratificaron dentro del trámite de primera instancia las manifestaciones efectuadas.

Se aportaron a folios 30 y 32 declaraciones extrajudiciales de AMANDA MENDIENTA SARMIENTO y CECILIA BUSTOS del 27 de marzo de 2018 rendidas ante la Notaría Única del Círculo del Líbano Tolima en la que ambas dijeron conocer *de vista, trato y comunicación a la señora EUNICE HERNÁNDEZ*, desde hacía 30 y 35 años respectivamente y además en cada declaración manifestaron en su literalidad: *“Por el conocimiento y trato directo que tengo con dicha señora me consta su situación económica no es la mejor, se encuentra desprotegida desde el fallecimiento de su hija EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ, con quien vivió bajo el*



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

mismo techo toda la vida y quién era la encargada de suministrarle todo lo necesario para su subsistencia, bienestar y comodidad”.

Rindió testimonio en el trámite de primera instancia la señora CECILIA BUSTOS a fin de ratificar su declaración extrajudicial, quien señaló conocer a la demandante desde hace 45 años aproximadamente, cuando se fue a vivir al barrio Reyes Umaña de El Líbano en donde relativamente eran vecinas, pues el patio de ella colinda con el patio de la casa de la demandante. Que le consta que la causante EUNICE BARRAGAN era quien le suministraba ayuda económica a su señora madre, por la cercanía que tenían y ocasionalmente presenció que la causante le entregaba el dinero a su progenitora, EUNICE HERNÁNDEZ.

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este...”

Sentencia SL 2242-2021 del 28 de abril de 2021, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez:

“...la Sala considera oportuno reiterar, como lo indicó el ad quem, que sobre el requisito de la dependencia económica la jurisprudencia de manera reiterada ha establecido, en concordancia con lo dispuesto en la sentencia C-111-2006 de la Corte Constitucional, que tal exigencia no puede identificarse con una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante, de modo que no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos,



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

propios o provenientes de terceros, pues no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia (CSJ SL1169-2019, CSJ SL1913-2019, CSJ SL3783-2019 y CSJ SL4167-2020). De modo que en el proceso lo que debe acreditarse es que al momento del fallecimiento del afiliado sus padres no eran autosuficientes económicamente y que la ausencia de recursos que aquel proveía no les permitiría llevar una vida o preservar su existencia en condiciones dignas.

Sentencia SL 5681-2021 del 1° de diciembre de 2021, Magistrado Ponente Omar Ángel Mejía Amador:

“Con ello se entiende que la dependencia económica de los padres, que aspiran al reconocimiento como beneficiarios, no tiene que predicarse total y absoluta respecto del hijo fallecido; empero, no se puede entender que esto habilita que cualquier ayuda por parte del hijo se convierte en dependencia económica CSJ SL14539-2016, CSJ SL4103-2016 y CSJ SL16184-2015 y, con ello, deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores o de éstos eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial de las condiciones de su subsistencia. Posición jurisprudencial seguida en la sentencia CSJ SL3173-2021, que reiteró lo expuesto en las sentencias CSJ SL2490-2019 y CSJ SL14923-2014, en las cuales se han indicado los presupuestos que deben darse, para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en tal virtud ser beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia en la últimas de las señaladas se expresó: En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo”.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, coincide la Sala con la decisión de primera instancia, toda vez que la señora EUNICE HERNÁNDEZ no logró demostrar el requisito de la dependencia económica respecto de su hija EUNICE BARRAGÁN HERNÁNDEZ, en primer lugar, por cuanto las únicas pruebas que pueden dar respaldo a las pretensiones de la demandante son el testimonio de la señora CECILIA BUSTOS y la declaración extra juicio de AMANDA MENDIENTA, la primera de ellas señaló que le consta la ayuda económica de la hija pues ocasionalmente presenció que le entregaba dinero a su señora madre, afirmación que por sí sola no resulta suficiente para predicar la existencia de una ayuda económica significativa y periódica que sirviera para suplir los gastos necesarios de la señora EUNICE HERNÁNDEZ y en relación con la declaración extra proceso de la señora AMANDA MENDIENTA no se tiene noticia de las razones por las que le consta lo que indicó, por lo que la sola afirmación de que la señora EUNICE BARRAGÁN suministraba a EUNICE HERNÁNDEZ lo necesario para su subsistencia, no es suficiente para tener como cumplido el presupuesto, máxime si se tiene en cuenta que no existe otro elemento de prueba que lo corrobore. Ahora, de las declaraciones extra proceso ratificadas en juicio por los señores HÉCTOR y NOEL FERNANDO CORTÉS BARRAGÁN, hijos de la causante, tan solo se logra extraer que ellos no eran dependientes económicamente de su progenitora, pero nada indicaron respecto de la presunta dependencia económica de su abuela respecto de la causante, y por ende, nada aportan al debate jurídico planteado.

Sumado a lo dicho, obra a folio 31 del plenario copia de la resolución No. 1427 del 05 de junio de 1993 por medio del cual el extinto ISS reconoció a EUNICE HERNÁNDEZ una pensión mensual de jubilación a partir del 1° de junio de 1993 en cuantía de un salario mínimo, de lo que se advierte que la demandante recibe un ingreso mensual para proveer su subsistencia. Además, según los recibos de



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

servicios públicos arrimados por la misma parte actora, visibles a folios 42 a 44 del expediente, se observa que la promotora de la litis reside en una vivienda estrato 2 y se relacionan unos cobros por servicio de acueducto de \$25.700, gas natural por \$34.950, energía \$30.140 y televisión por \$50.000 servicios que, a juicio de la Sala pueden suplirse por la demandante con el ingreso mensual que percibe producto del reconocimiento pensional.

En este punto, resulta pertinente referir que no se advierte, como lo señaló la parte demandante al sustentar el recurso de alzada, que la señora EUNICE HERNÁNDEZ tuviese ingresos muy bajos por los descuentos que le hacían según certificaciones bancarias, pues al respecto, tan solo obra a folio 41 certificado de Davivienda de fecha 05 de marzo de 2018 en el que se señala que tiene un crédito desde el 14 de noviembre de 2013 con saldo a la fecha de la certificación de \$3'120.687, frente a lo cual se observa en primer lugar que la deuda adquirida por la demandante lo fue con posterioridad al fallecimiento de su hija ocurrido el 10 de agosto de 2013, es decir, que para la época del deceso, la señora EUNICE HERNÁNDEZ no tenía a su cargo dicho crédito y en segundo lugar, con la documental tampoco se demuestran los descuentos efectuados mes a mes con ocasión del mencionado crédito para concluir que corresponde a una suma considerable que deja a la demandante con ingresos demasiado bajos que le impidan sufragar las necesidades básicas como servicios públicos, alimentación, vestuario y/o cuidado personal, que le permitan vivir en condiciones dignas, razón por la cual al no existir pruebas de las cuales se pueda apreciar que con la pensión que devenga la demandante no puede suplir sus gastos, tampoco puede hablarse de la acreditación de una dependencia económica y, en ese orden, se concluye que, aún si se hubiera demostrado una colaboración económica de la causante a la demandante, ella aún era autosuficiente económicamente para cubrir sus necesidades a partir de sus propios recursos y no dependía económicamente de su hija.

Son suficientes los anteriores argumentos para CONFIRMAR la sentencia apelada COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 15 de octubre de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 25 de octubre de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



196

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 01 2018 00007 01
Demandante: LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO
Demandado: ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

La señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO, por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda en contra de ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de los sueldos devengados en el último año de servicios ni de sus factores salariales para la liquidación de su pensión y, como consecuencia, se le condene al pago de la reliquidación debidamente indexada, así como al pago de la mesada adicional del mes de junio.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó en síntesis que trabajó por más de 20 años con el Banco Comercial Antioqueño, luego Banco Santander hoy Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., que entre los sindicatos y la demandada se suscribió una convención colectiva de trabajo en la que se pactó el reconocimiento y pago de una pensión convencional al cumplir 55 años de edad los hombres y 50 años de edad las mujeres y 20 años de servicios en la institución. Que la fórmula aplicada por dicha convención no atiende a los principios legales y constitucionales que la rodean de conformidad con la sentencia 10641 de 2014 en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia aplicó una tasa de remplazo del 75% sobre el promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a la terminación del contrato. Que entre los valores devengados que debía tener en cuenta la demandada para liquidar la pensión se encuentra el auxilio de transporte convencional, las bonificaciones extralegales, los viáticos constitutivos de salario, los ajustes por bonificaciones de retiro, entre otros. En otro horizonte, explicó que la señora SANCHEZ DELGADO por su pensión de jubilación convencional otorgada y pagada por el BANCO CORPBANCA recibía 14 mesadas pensionales al año, incluida la mesada adicional de junio, que cumplió 55 años de edad en el año 2012, año en el que fue subrogada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como se dispuso en el acta transaccional y en la convención colectiva de trabajo, momento en el cual dejó de recibir la mesada 14, pese a que la demandada se comprometió a seguir pagando la diferencia entre la pensión de jubilación que venía percibiendo y la que le otorgara el ISS o una Administradora de Pensiones privada, de conformidad con el Acta de Conciliación celebrada entre las partes el 3 de marzo de 2008.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Debidamente notificada la demandada y corrido el traslado de rigor, ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones toda



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

vez que para la liquidación de la pensión convencional transitoria reconocida a la demandante, el Banco tuvo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios considerando factores de variabilidad adicionales al salario básico, no obstante que la convención establece que el ingreso a considerar corresponde exclusivamente al promedio del salario básico devengado en el último año. Explicó que sobre el promedio del salario calculado con esos factores señalados, la demandada aplicó una tasa de remplazo del 94,03% y no del 75% como lo señala la convención, lo que implicó que este beneficio extralegal fuera reconocido incluso en un monto superior al que convencionalmente correspondía. En relación con la mesada 14, señaló que desde que COLPENSIONES asumió el pago de la pensión de vejez del Sistema General de Pensiones a la demandante, solamente corresponde a ITAU el reconocimiento de la diferencia entre la mesada que venía asumiendo y la que paga COLPENSIONES, en aplicación del acuerdo suscrito a la terminación del contrato de trabajo, sin que tenga fundamento pretender el reconocimiento del 100% de la mesada 14 que en ningún momento ha sido reconocida por el BANCO al no encontrarse expresamente contemplada en el acuerdo convencional y mucho menos dentro de la conciliación celebrada ante el Ministerio de Trabajo. Formuló como excepciones las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 DECLARÓ que entre la señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO y la demandada ITAU COPRBANCA COLOMBIA S.A. existió un contrato individual de trabajo desde el 25 de enero de 1982 hasta el 31 de marzo de 2008, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y ABSOLVIÓ a ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. de las pretensiones formuladas por la señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO. Para así decidir, refirió que se estableció que la señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO prestó sus servicios personales para la empresa ITAU COPBANCA COLOMBIA S.A.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

desde el 25 de enero de 1982 hasta el 31 de marzo de 2008 con un sueldo básico de liquidación de \$1'523.781, que su último cargo fue el de asesor comercial y que su retiro se produjo por el reconocimiento de la pensión de jubilación. Indicó que al analizar y valorar la totalidad de las pruebas aportadas al proceso, conforme al acta de transacción celebrada el 3 de marzo de 2008 entre la demandante y su empleadora, se acordó en la cláusula 5ª que luego de 26 años al servicio del banco y 50 años de edad de la trabajadora, es acreedora de la pensión de jubilación prevista en el artículo 54 de la convención colectiva de trabajo 1991 – 1993, requisitos a los que arribó antes del 31 de julio de 2010 que es la fecha en la que expiran la totalidad de los beneficios convencionales en materia pensional, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que acordaron que el Banco le reconocería a la trabajadora una pensión voluntaria y transitoria desde el 1º de abril de 2008 en cuantía equivalente al 75% del salario devengado en el último año de servicios y se pagaría hasta que la trabajadora cumpliera la edad mínima requerida para acceder a la pensión del ISS, momento a partir del cual el BANCO haría compartida la pensión en forma automática, pagando desde ese entonces solo la diferencia que presuma le corresponde al jubilado y la que se presume le pagaría el ISS. Con sustento en el texto convencional que consagra la pensión de jubilación y el artículo 128 del CST argumentó que la pensión convencional reconocida a la demandante se liquidó en virtud al promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el tenor literal del artículo 54 de la convención colectiva 1991 – 1993, por lo que la misma corresponde al porcentaje que se tuvo en cuenta a la demandante. Refirió que en virtud de lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3618 de 2021, toda vez que a la parte actora le correspondía la carga dinámica de la prueba y como quiera que no acreditó que dichos factores debían ser tenidos en cuenta en el último año de servicios, pues del texto convencional analizado no se infiere, como lo pretende el apoderado de la parte actora, que se le deben reconocer a su prohijada o incluso que se dejaron por fuera de los reconocidos por la misma demandada, factores que fueron tenidos en cuenta y se dio aplicación a lo contenido en el artículo 54 de la convención colectiva de trabajo que indica lo pertinente a cómo se debe llevar a cabo dicho reconocimiento, por lo que no hay lugar a la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

reliquidación deprecada. Refirió que tal como lo informó la demandada a través de su apoderado, la pensión se liquidó con una tasa de remplazo del 94.03% lo que implicó un beneficio extralegal y que incluso la pensión también se hace exclusivamente sobre el salario básico, todo lo anterior en virtud también a lo que tiene que ver con el análisis del material probatorio allegado, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones relacionadas con la reliquidación y la indexación, como tampoco hay lugar a la mesada adicional del mes de junio que solicita la parte actora.

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, se envió el proceso a esta Corporación en consulta, con fundamento en el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y solamente ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. formuló alegatos de conclusión dentro del término que obran por escrito 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,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO a que ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. le reliquide la pensión voluntaria y transitoria de jubilación que le reconoció, con fundamento en el artículo 54 de la convención colectiva 1991 – 1993?

PREMISA NORMATIVA

Artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Banco Comercial Antioqueño S.A. y la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios ACEB firmada el 6 de septiembre de 1991, con vigencia hasta el 31 de agosto de 1993:

“Todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos a la Institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, sin tener en cuenta bonificaciones, así: sobre los primeros seiscientos pesos (\$600) del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el ochenta por ciento de dicho sueldo; por los excedentes de seiscientos pesos (\$600) hasta mil pesos (\$1.000) el 60%; por los excedentes de mil pesos (\$1.000) hasta tres mil pesos (\$3.000) el 40% y por excedentes de tres mil pesos (\$3.000) el 30%. De manera que el cómputo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes en acuerdo con el promedio del sueldo básico devengado por el empleado en el año anterior a su retiro de la Institución. Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación, la pensión de jubilación resultare inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponde legalmente”. (CD de anexos de la demanda folio 92).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontraron pleno respaldo probatorio en el trámite de primera instancia las siguientes: el 3 de marzo de 2008, entre la señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO y el BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. se celebró un acuerdo transaccional en virtud del cual el contrato de trabajo que vinculaba a la demandante con el Banco Santander desde el 25 de enero de 1982 finalizaba por mutuo acuerdo el 31 de marzo de 2008. Se dejó constancia en el mismo documento que el último cargo de la demandante era el de Asesor Especial y su asignación básica mensual ascendía a la suma de \$1'523.781. En la cláusula quinta de dicho acuerdo se señaló: *“LA TRABAJADORA cuenta en la actualidad con 26 años de servicio al Banco y cincuenta años de edad, circunstancia que la hace acreedora a la pensión de jubilación prevista en el artículo 54 de la convención colectiva de trabajo 1991 – 1993 suscrita entre BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. y la organización sindical ACEB, a partir del día siguiente al cumplimiento de los requisitos exigidos en dicha norma. Si bien las partes no desconocen la existencia de la prohibición contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta que los requisitos para acceder a la pensión convencional se cumplirían con el trabajador con anterioridad al 31 de julio de 2010 que es la fecha en la que expiran la totalidad de beneficios convencionales en materia pensional de conformidad con el citado Acto Legislativo, acuerdan que el BANCO le reconocerá al TRABAJADOR una pensión voluntaria y transitoria de Jubilación, la cual empezará a recibir a partir del día 01 de abril de 2008, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicio, suma esta que se pagará hasta que el trabajador cumpla con la edad mínima requerida para acceder a la pensión a cargo del ISS, momento a partir del cual el Banco hará compartida la pensión en forma automática, pagando desde ese entonces solo la diferencia que presuma le corresponde al jubilado entre la pensión que le estuviere pagando en ese momento y la que presume le correspondería al ISS”* (folios 26 y 27). Según certificó el BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A., el último salario devengado por la actora fue de \$1'523.781 y el 1º de abril de 2008 comenzó a recibir su mesada pensional en cuantía de \$1'432.830, es decir que se pensionó con el 94,03% (folio 25). En efecto



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el último salario básico de la demandante fue de \$1'523.781 según la copia de la liquidación del contrato que obra a folio 22 del plenario.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, debe confirmarse la sentencia consultada en la medida en que es clara la norma convencional en establecer que la pensión de jubilación que se reconoce a los trabajadores del Banco Comercial Antioqueño S.A. que arriban a la edad de 50 años las mujeres y 55 los hombres, luego de 20 años de servicios a la Institución, se liquida con el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco que fue como en efecto se le reconoció a la señora LIBIA ESTHER SANCHEZ SALGADO quien devengó como sueldo básico en el último año de servicios la suma de \$1'523.781 y se le calculó su mesada pensional con el 94,03% en cuantía de \$1'432.830 desde el 1º de abril de 2008, de manera pues que no había lugar a incluir ningún factor salarial, pues el único a tener en cuenta es el sueldo básico como lo señala la norma convencional, por lo que no le corresponde a la Sala hacer mayores verificaciones ni cálculos para concluir que fue acertada la decisión absolutoria de primera instancia.

En cuanto a la solicitud de reconocimiento y pago de la mesada 14 como mayor valor que debe continuar pagando la demandada, debe señalarse que la convención colectiva de trabajo que se toma como premisa normativa no contempla el pago de mesadas adicionales de la pensión de jubilación que fue reconocida a la demandante, por lo que la demandada siempre la pagó en 12 mesadas anuales como permiten verificarlo los *"acumulados de conceptos por empleado"* que obran a folios 28 al 34 del plenario, por lo que mal puede decirse que la señora SANCHEZ SALGADO haya tenido un derecho adquirido al pago de la mesada adicional de junio que debe seguirse pagando aún después que COLPENSIONES empezó el pago de la pensión de vejez de carácter legal.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Basta simplemente señalar que en la sentencia SL 10641 de 2014 a la que hace mención el apoderado de la actora en el texto demandatorio, en manera alguna se indica que *“la fórmula aplicada por dicha convención no atiende a los principios legales y constitucionales que la rodean”*, como lo señaló en el hecho 5º y si bien es cierto esa providencia se refirió a la pensión del artículo 55 de la convención colectiva que se aplicó a la demandante para el reconocimiento pensional, el Alto Tribunal liquidó la pensión que en esa sentencia se analizaba con el promedio del salario básico devengado por el empleado en el año anterior al retiro de la institución. Las demás sentencias que también se indicaron en los hechos de la demanda y en los fundamentos jurídicos de la misma se refirieron a la indexación de la primera mesada pensional de trabajadores de CORPBANCA que no es el asunto que aquí se analiza, máxime si se tiene en cuenta que el vínculo laboral de la demandante finalizó el 31 de marzo de 2008 y empezó a devengar la pensión de jubilación a partir del día siguiente.

Teniendo en cuenta las anteriores breves consideraciones se confirmará la sentencia consultada.

SIN COSTAS en esta instancia por tramitarse el grado jurisdiccional de consulta.

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 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por tramitarse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 17 2019 00753 01
Demandante: LUIS OCTAVIO LEÓN RODRÍGUEZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021 por el Juzgado 1º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor LUIS OCTAVIO LEÓN RODRÍGUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que previos los trámites legales se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen que realizó el 01 de noviembre de 1999 del Instituto de Seguros Sociales a COLFONDOS S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A., en consecuencia de lo anterior, se ordene a las administradoras de fondos privadas trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, comisiones de administración y bonos pensionales, se ordene a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado y a recibirlo en dicha administradora sin solución de continuidad.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante adujo en síntesis que el 24 de junio de 1987 se afilió al sistema general de pensiones a través del extinto ISS hoy COLPENSIONES, que el 01 de noviembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual mediante afiliación a COLFONDOS y posteriormente a PORVENIR. Indicó que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial que lo recibió y que el traslado realizado se destacó por la indebida y nula información por parte de las administradoras de fondos privados. Igualmente, señaló que hasta el 31 de enero de 2019 ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1.587 semanas, sin que PORVENIR le informará antes del 25 de octubre de 2008 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez subsanada, admitida y notificada en legal forma la demanda, PORVENIR S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones tras aducir que la afiliación de la parte demandante con PORVENIR fue producto de una decisión libre de presiones o engaños tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Además, señaló que siempre se garantizó el derecho al retracto consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que el 14 de enero de 2004, publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Formuló las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones, tras aducir que la administradora privada cumplió con su deber de información en los términos de la normatividad vigente para la fecha del traslado; además, la información que extraña no haber recibido la parte demandante se encuentra debidamente contenida en la Ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento, por lo tanto no debe declararse la nulidad y/o ineficacia de su afiliación. Igualmente, señaló que el traslado de régimen pensional ante la entidad privada fue de manera libre y voluntaria por parte del demandante, quien no puede invalidar las consecuencias de sus decisiones alegando omisiones que no se configuraron en la antesala de la afiliación para lograr la ineficacia de sus actuaciones, por lo tanto, no debe trasladarse el contenido de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES. Formuló las excepciones de mérito denominadas: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Finalmente, COLFONDOS S.A., presentó escrito de contestación sin oponerse a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucre a esa AFP y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a COLFONDOS, para lo cual adujo que aunque la afiliación es completamente válida y la AFP obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se opondrá a tal decisión y en consecuencia, bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique a la sociedad algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria como por ejemplo una eventual condena en costas. Además, que dicha AFP única y exclusivamente cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos, toda vez que a la fecha no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales, por lo tanto, resultaría materialmente imposible trasladar sumas de dinero inexistentes. Aclaró también, que no es jurídicamente viable trasladar los aportes y saldos de la cuenta de ahorro individual sin que exista una entidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones que reciba al demandante como afiliado, que en este caso es COLPENSIONES, por lo que hasta tanto dicha entidad apruebe el traslado, COLFONDOS lo puede hacer efectivo. Formuló las excepciones que denominó buena fe y compensación y pago.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de octubre de 2021, DECLARÓ la ineficacia del traslado que realizó el señor LUIS OCTAVIO LEÓN RODRÍGUEZ del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS, el 28 de septiembre de 1999, al igual que el traslado horizontal efectuado a la AFP PORVENIR el 10 de diciembre de 2001, DECLARÓ válidamente vinculado al demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS OCTAVIO LEÓN RODRÍGUEZ, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, ABSOLVIÓ a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS y a favor del demandante en la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las accionadas.

Como sustento de su decisión, precisó en resumen que de conformidad con la ley 663 de 1993 en su artículo 97, norma vigente al momento de cambio de régimen del demandante, se estableció la obligación a las administradoras de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realizaban para que pudieran escoger las mejores opciones del mercado por lo que, atendiendo a todos los precedentes jurisprudenciales, le corresponde a COLFONDOS demostrar que al momento del traslado de régimen le impartió al demandante información clara, veraz, oportuna y completa acerca de las implicaciones que acarrea el traslado y a efectos de probar ese supuesto, se indicó en el escrito de contestación que la información brindada fue completa y veraz; sin embargo, a pesar de que enunció haber realizado una asesoría, no aportó ningún documento que dé cuenta de haber informado al demandante las implicaciones o consecuencias de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando la entidad indica en su contestación que el cumplimiento de ese deber de información se puede verificar del formulario de vinculación pero ni siquiera fue allegado al plenario para determinar la supuesta información suministrada al afiliado.

Por otra parte, al analizar el interrogatorio del demandante, no se deriva ningún tipo de confesión tendiente a dar por demostrado ese deber de información por parte de la AFP, en la medida que el actor hace un recuento de lo expuesto en la demanda, en cuanto a que no recibió información completa y clara de las características del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RAIS y las implicaciones del traslado y, en esos términos, concluyó la juez que al no existir medio probatorio que acredite la información brindada respecto de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, riesgos o consecuencias del traslado, es viable declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional. Refirió igualmente que el efecto de la ineficacia del traslado es que las cosas retornen a su estado original, es decir, como si el traslado nunca hubiese ocurrido, lo que conlleva que PORVENIR debe devolver todos los aportes sin descontar los gastos de administración, postura acogida por nuestro órgano de cierre.

5. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación, toda vez que para el momento del traslado no se contaba con la obligación de dejar documentada la asesoría dada a los afiliados, adicional al formulario de afiliación, pues la obligación surgió con la ley 1748 de 2014, razón por la cual resaltó que el formulario de vinculación es un documento público y autentico que cumplió con todos los requisitos para que naciera a la vida jurídica de manera válida y efectiva, por lo que, además no se le puede imponer a las administradoras obligaciones que legalmente no eran exigibles para el momento del traslado. De otro lado, indicó que en la sentencia se dejó de valorar que el demandante a través de los actos de relacionamiento señalados en sentencias SL 3752 de 2020 y SL 1061 de 2021, ratificó su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, dado el traslado horizontal efectuado a PORVENIR razón por la cual no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, solicitó que no se ordene devolver las comisiones de administración, pues es un concepto autorizado por la ley, en atención a la buena gestión realizada sobre el saldo de la cuenta de ahorro individual de los afiliados y señaló que dicha condena generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, indicó que de acuerdo a concepto de la Superintendencia Financiera y lo estipulado en la ley 100 de 1993, cuando procede la ineficacia del traslado solo se transfieren los aportes junto con los rendimientos, pues si el efecto de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, ello conllevaría que no hubo administración y rendimientos, advirtiéndose entonces que la restitución se aplica de forma parcializada a favor de una de las partes de la relación contractual cuando, por el contrario, ambas partes deben hacer restituciones mutuas.

A su turno, COLPENSIONES interpuso recurso de alzada respecto de dos puntos, el primero concerniente a que se debe hacer extensiva la condena a COLFONDOS con relación al traslado de los gastos de administración pues, con dicha entidad se efectuó el traslado inicial, más allá que a la fecha no tenga vinculación legal con el demandante, pues durante el tiempo que tuvo la cuenta de ahorro individual del actor, realizó los respectivos descuentos. En segundo lugar, señaló que COLPENSIONES no fue vencida en juicio pues la controversia respecto de la validez del traslado se suscita únicamente frente a la administradora de fondos privada, sin que COLPENSIONES pudiera discutir si el traslado se efectuó de manera correcta o no y, en ese sentido, solamente se vincula al proceso por ser el administrador del régimen de prima media, más no porque hubiera dado lugar al objeto del litigio, además que en su momento, la respuesta negativa dada al demandante de retornar al régimen de prima media tuvo un fundamento legal por la prohibición del traslado y la presunción de validez del acto del traslado y por todo lo anterior, considera que no procede la condena en costas.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y PORVENIR 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

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, efectuado por el señor LUIS OCTAVIO LEÓN RODRÍGUEZ y, por ende, ordenarse el traslado de los dineros que posee en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES incluidos los 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.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 LUIS OCTAVIO LEÓN RODRÍGUEZ se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, el 28 de septiembre de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1º de noviembre del mismo año, como consta en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS- SIAFP visible a folio 452 del expediente digital, posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 10 de diciembre de 2001, conforme el formulario de vinculación de folio 141, administradora en donde se encuentra actualmente afiliado.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, COLFONDOS S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al demandante al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no al accionante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., como quiera que 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.

Esa carga probatoria tampoco la suplió la administradora PORVENIR S.A. pues no se demuestra la debida asesoría otorgada al momento de su traslado a ella en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMPD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir al demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmerso en la prohibición establecida en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron 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 incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, obligaciones que, contrario a lo argumentado en el recurso de apelación de PORVENIR, son *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,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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).*

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 tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, 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.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado del demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, “*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales” .

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

En otro punto, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido 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).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 extunc (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)".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 al pago de 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 la consecuencia de tal conducta.

Así las cosas, tal como lo precisó el apoderado de COLPENSIONES al sustentar el recurso de alzada debe ordenarse igualmente a la administradora COLFONDOS que devuelva al régimen de prima media las comisiones por gastos de administración y demás, obtenidas durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado en dicha AFP con destino a COLPENSIONES.

Sumado a lo anterior, resulta procedente ordenar el pago indexado de los gastos de administración y primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, no como un valor adicional, sino que corresponde a un valor que actualiza al momento del pago la suma que en realidad le corresponde al beneficiario, al respecto, la sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021 relacionado en las premisas normativa asentó que dicha figura *“pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral...”

Corolario de lo anterior, no resta mencionar que la decisión adoptada no afecta el principio de la sostenibilidad financiera en lo que a COLPENSIONES se refiere, al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019 señaló:

“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.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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 decisión adoptada en primera instancia no vulnera el principio de sostenibilidad fiscal, pues las AFP devolverán 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 hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad.

Respecto de la excepción de prescripción la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 relacionadas en las premisas normativas, 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.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de COLPENSIONES y que fue otros de los puntos de disenso en el presente asunto, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, COLPENSIONES fue vencida en juicio, al haber sido condenada a recibir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como la de activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida y si bien no tuvo participación alguna en el acto de traslado inicial de un régimen a otro realizado por el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demandante, lo cierto es que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, fue acertada la condena impuesta.

De conformidad con las razones expuestas se MODIFICARÁ la decisión en los puntos correspondientes a la devolución de gastos de administración y comisiones de manera indexada, se adicionará la condena respecto de la AFP COLFONDOS y se CONFIRMARÁ en lo demás la sentencia impugnada.

Se condenará en COSTAS en esta instancia al apelante PORVENIR a favor del demandante en la suma de \$400.000 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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el cual quedará de la siguiente manera:

“**TERCERO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS OCTAVIO LEON RODRIGUEZ, identificado con C.C. N.º19.261.740, 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, los cuales se deben trasladar de manera indexada al momento de su pago.”



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: ADICIONAR como numeral OCTAVO de la sentencia de primera instancia el del siguiente tenor:

“OCTAVO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante mientras estuvo afiliado a dicha administradora, con cargo a sus propios recursos, los cuales se deben trasladar de manera indexada al momento de su pago”.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 20 2020 00235 01
Demandante: JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al Doctor GUSTAVO ENRIQUE MARTINEZ GONZALEZ identificado con la C.C. No. 1.014.196.194 y T.P. No. 276.516 del C.S. de la J., conforme a la sustitución del poder aportado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de septiembre de 2021.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

La señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral sea condenada a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa conforme el artículo 25 y parágrafo 2º del decreto 758 de 1990, tomando en cuenta el 90% del promedio de las últimas 100 semanas de cotización, actualizado conforme el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Subsidiariamente solicitó que se declare que el causante dejó causado el derecho a la pensión de vejez habilitada la edad por razón de la muerte conforme el artículo 1º de la ley 12 de 1975 y el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se condene a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes tomando en cuenta el 90% del promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciera falta, junto con el valor de las diferencias y la indexación.

2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó la demandante en síntesis que el señor JESUS DIAZ FUENTES nació el 8 de junio de 1944 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES un total de 1.476 semanas, que falleció el 13 de febrero de 1999 a la edad de 54 años. Que mediante resolución 1206 de 2002 el ISS reconoció pensión de sobrevivientes a la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ en aplicación del artículo 46 de la ley 100 de 1993 y que la demandante solicitó su reliquidación por considerar que al causante le era aplicable el régimen de transición y, por tanto la liquidación conforme al acuerdo 049 de 1990, petición que fue negada por la demandada.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda COLPENSIONES se opuso a las pretensiones toda vez que el señor JESUS DIAZ FUENTES falleció el 13 de febrero de 1999 fecha en que estaba vigente el artículo 46 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, acreditó un total de 1.476 semanas y 54 años por lo que no era beneficiario de pensión de vejez ni de condición más beneficiosa ya que se debe aplicar la norma vigente al momento del fallecimiento, tal como se señaló en la resolución DPE 1361 del 27 de enero de 2020, en la cual además se efectuaron las operaciones aritméticas y se observó que el valor que arroja es inferior al que se encuentra en nómina de pensionados, razón por la cual se mantiene la mesada pensional actual, en virtud al principio de favorabilidad. Formuló como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021 DECLARÓ que COLPENSIONES debe reliquidar la pensión de sobrevivientes de la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ teniendo como mesada inicial la suma de \$502.476,94 al 13 de febrero de 1999, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada a reliquidar la pensión de sobrevivientes de la demandante a partir del 26 de septiembre de 2016 y, por tanto al pago de las diferencias pensionales entre el valor reconocido en la resolución 1206 del 24 de septiembre de 2002 y lo ordenado en la sentencia, sumas debidamente indexadas mes a mes hasta el pago de lo debido. Para así decidir señaló que no se discute en el proceso que el causante



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

es beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que la prestación reconocida a la demandante con ocasión del fallecimiento del señor JESUS DIAZ FUENTES, lo fue en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 en tanto era la norma vigente al momento de su fallecimiento. En relación con la pretensión de reliquidación de la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa, recordó que la normatividad vigente a la fecha del fallecimiento del causante – 13 de febrero de 1999 – es el artículo 46 de la ley 100 de 1993 norma con la cual fue reconocida la prestación de sobrevivencia, que no es propio del principio constitucional de la condición más beneficiosa el buscar dentro del mundo jurídico la normatividad que más se adapte al caso puesto en conocimiento del operador judicial siendo lo apropiado establecer el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma anterior a la aplicable en cada caso. Refirió entonces que este caso se subsume en lo dispuesto en el artículo 25 del acuerdo 049 de 1990, leída la referida norma y el artículo 1º de la ley 12 de 1975, señaló que en una y otra norma se habilita la fecha de fallecimiento del causante como edad para tener derecho a la pensión cuando a esa data ha cotizado el número de semanas con las cuales se cumplen los requisitos para acceder al derecho pensional por sobrevivencia, que de acuerdo con el reporte de semanas de cotización, el señor JESUS DIAZ FUENTES cuenta con 1.411 semanas cotizadas al ISS en toda su vida laboral, de las cuales se entrará a revisar el cumplimiento de alguna de las reglas señaladas; que de ellas cotizó 1.278,57 semanas antes de entrar en vigor la ley 100 de 1993, que se encuentra entonces acreditado el número de semanas mínimas exigidas y, consecuentemente, el cumplimiento de la regla del artículo 25 del acuerdo 049 de 1990 en similitud con el artículo 1º de la ley 12 de 1975 y el artículo 6º del mismo acuerdo 049. Por lo anterior consideró que hay lugar a la prestación de sobrevivientes reconocida a la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ habida cuenta que el señor JESUS DIAZ FUENTES dejó causado el derecho bajo los lineamientos de las normas referidas. En relación con el monto de la pensión indicó que como nos encontramos ante el estudio simultáneo de una pensión post mortem, de un causante beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el régimen de transición garantiza a sus beneficiarios que el reconocimiento de su pensión se sujete a lo establecido en las normas vigentes a la entrada en vigor de la ley 100 pero solamente respecto de los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y su tasa de remplazo, no así en lo referente al IBL el cual en consideración a que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 y la fecha de la muerte del causante le faltaban menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, se rige por lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 y no como lo pretende la parte actora, en virtud de lo consagrado en el acuerdo 049 de 1990 en relación al IBL, circunstancia por la cual las pretensiones de la demanda tendientes a la reliquidación del IBL con fundamento en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 tienen la vocación de prosperar, por cuanto el afiliado dejó causado el derecho a la pensión de vejez habilitada la edad por razón de la muerte conforme al artículo 25 del acuerdo 049 de 1990 o el artículo 1º de la ley 12 de 1975 y el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Reiteró que la muerte da lugar al reconocimiento pensional en favor de los beneficiarios siempre y cuando el causante hubiera cumplido con el tiempo de servicios para acceder a la prestación, es decir que la muerte activa la edad. Refirió que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que también es necesario:

1. Que el fallecimiento se produzca en vigencia de la ley 100.
2. Que el causante hubiera cotizado el número de semanas previsto en la norma con anterioridad al 1º de abril de 1994.
3. Y para aplicar el decreto 758 de 1990 el causante debe ser beneficiario del régimen de transición.
4. Demostrar que cotizó la densidad de semanas necesaria para acceder al beneficio pensional, esto es, 1.000 semanas en toda la vida laboral o 500 en los 20 años anteriores al fallecimiento.

Reiteró que el causante cumplió con los requisitos previstos y que una vez realizadas las operaciones aritméticas, la liquidación con el IBL del tiempo que le hacía falta, es decir entre la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 y la fecha del fallecimiento del causante, arrojó un IBL de \$558.307,71 y que aplicada la tasa



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de remplazo, arroja una pensión inicial de \$502.476,93, es decir superior a la reconocida por COLPENSIONES mediante resolución 1206 del 24 de septiembre de 2002 que correspondió a la suma de \$400.469, por lo que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de febrero de 1999 teniendo en cuenta la pensión post mortem o pensión de vejez del causante y, por lo tanto, a reliquidar la mesada pensional en cuantía inicial de \$502.476,93 por ser esta más favorable a la reconocida. En cuanto a la excepción de prescripción señaló que como quiera que a la parte actora le fue reconocida la pensión mediante resolución No. 1206 del 24 de septiembre de 2002, a partir de esa data comenzó a correr el término trienal, pero la demandante solo hasta el 25 de septiembre de 2019 presentó solicitud de reliquidación de la prestación como se desprende de la resolución SUB 270286 y la demanda se radicó el 12 de agosto de 2020, es decir que transcurrieron más de 3 años entre la fecha de exigibilidad del derecho y la de su reclamación, por lo que operó el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 25 de septiembre de 2016, por lo que reconoció la reliquidación y el pago de las diferencias pensionales desde el 26 de septiembre de 2016. Negó los intereses moratorios por cuanto estamos frente a una reliquidación pensional y los mismos solo proceden frente a la mora en el pago de las mesadas pensionales, además que la reliquidación pensional se establece con fundamento en pronunciamientos jurisprudenciales frente a la condición más beneficiosa y en su lugar ordenó la indexación.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación por cuanto el causante no era beneficiario del régimen de transición al no cumplir la totalidad de los requisitos para el reconocimiento pensional al momento del fallecimiento. Refirió que la mesada pensional de la demandante es de \$944.860 suma inferior a la que se encuentra en nómina de pensionados para el año 2020 que corresponde a \$1'141.309. Que en lo que respecta a las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

resoluciones mediante las cuales se otorgó la prestación COLPENSIONES ha actuado de buena fe, con base en el ordenamiento constitucional y procedimental aplicando a cada caso de manera particular la legislación vigente para satisfacer las necesidades de todos los asegurados, teniendo en cuenta las resoluciones SUB 270286 del 30 de septiembre de 2009, la SUB 336141 del 9 de diciembre de 2019 y la DPE 1361 del 27 de enero de 2020 que gozan de legalidad.

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 se encuentran 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

¿Resulta más favorable a la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ la liquidación de la pensión de sobrevivientes con fundamento en el acuerdo 049 de 1990 aplicable por condición más beneficiosa ante el fallecimiento del señor JESUS DIAZ FUENTES, que la que calculó COLPENSIONES en la resolución 001206 del 24 de septiembre de 2002 y, por ende, debe procederse a la reliquidación y pago de las diferencias mensuales?

PREMISA NORMATIVA

Artículo 20 del acuerdo 049 de 1990



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró pleno respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el señor JESUS DIAZ FUENTES nació el 8 de junio de 1944 como lo aceptó la demandada en la contestación, cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES un total de 1.411,29 semanas desde el 15 de abril de 1968 hasta el 31 de enero de 1998 conforme el reporte de semanas de cotización de folio 9 del archivo denominado 01 F. 1 a 43 del expediente digital. El señor JESUS DIAZ FUENTES falleció el 13 de febrero de 1999 conforme el registro civil de defunción del folio 13 del mismo archivo. Mediante resolución 001206 del 24 de septiembre de 2002, el Instituto de Seguros Sociales concedió la pensión de sobrevivientes a la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ en cuantía de \$400.469 desde el 13 de febrero de 1999 con el argumento que *“Que la circular interna No. 02521 emanada de la Dirección Jurídica Nacional del ISS consideró: Consideramos que en el evento que el afiliado fallecido ya hubiere cotizado un mínimo de 1.000 semanas, que es el número requerido para obtener la pensión de vejez, es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes...Que por lo anteriormente expuesto se evidencia que a la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que si bien el asegurado no se encontraba cotizando al momento de su muerte al ISS y no cotizó ninguna semana dentro del año anterior al deceso, sí cotizó durante toda su vida más de las 1.000 semanas que son las requeridas para obtener una pensión de vejez, motivo por el que se revoca la resolución 014095 del 30 de julio de 1999 y, en su lugar se reconoce la pensión de sobrevivientes a la peticionaria”* (folios 15 y 16 del plenario). El 25 de septiembre de 2019, la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez post mortem por el fallecimiento del señor JESUS DIAZ FUENTES la cual fue negada por la entidad. Posteriormente, el 31 de octubre de 2019 la demandante interpuso los recursos de la vía gubernativa y solicitó:

PETICIONES PRINCIPALES



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

1. *Se reconozca la prestación de sobrevivientes teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 758 de 1990 y aplicando la condición más beneficiosa.*
2. *En consecuencia, se efectúe la liquidación con el 90% del promedio de lo devengado por el causante las últimas 100 semanas de cotización.*

SUBSIDIARIA

Se eleve la tasa de remplazo al 80% conforme lo establece el inciso segundo del parágrafo 1º del artículo 47 de la ley 100 de 1993”.

COLPENSIONES emitió la resolución SUB 336141 del 9 de diciembre de 2019 en la que indicó expresamente:

“...Que de conformidad con lo anterior y una vez verificada la historia laboral del causante, se evidencia que al momento del fallecimiento el causante se encontraba inactivo en el sistema, motivo por el cual, se observaron las cotizaciones efectuadas dentro del último año anterior al fallecimiento del causante, observándose que no contaba con cotizaciones, por lo cual no tendría derecho al reconocimiento con Ley 100 de 1993.

Que ahora bien, con relación a su solicitud de aplicación del decreto 758 de 1990, en aplicación a la condición más beneficiosa, es pertinente observar lo siguiente:

...Conclusión. En suma, es destinatario de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo del decreto 758 de 1990 a la ley 100 de 1993, tanto quien cotizó 300 semanas en cualquier tiempo anterior al 1º de abril de 1994 como el que a esa misma fecha tenía acumulado en su haber un mínimo de 150 semanas dentro de los 6 años inmediatamente anteriores. Por consiguiente es viable para estos dos grupos causar el derecho con sujeción al decreto 758, siempre que se cumplan los requisitos esbozados en líneas anteriores.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Que de acuerdo con lo anterior, se evidencia que el afiliado contaba con las condiciones antes descritas, motivo por el cual se hace procedente el análisis con la normatividad aplicable por condición más beneficiosa... artículos 25 y 27 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el acuerdo 049 del mismo año...

Que la liquidación de la prestación se sustenta en lo indicado en el artículo 29 del citado decreto...

Que de acuerdo con lo anterior, la liquidación de la prestación se efectúa con las últimas 100 semanas de cotización que actualizadas corresponden a los siguientes valores:

AÑO	VALOR IBL
1995	\$1'454.100
1996	\$4'507.000
1997	\$2'434.400
1998	\$112.000

Que de la suma de los anteriores valores se obtiene el valor del INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN, al cual aplicada la tasa del 90% arroja la mesada pensional:

$$\$890.518 \times 90\% = \$801.467$$

Que como se observa de la anterior liquidación, la mesada arrojada es inferior a la que efectivamente se encuentra percibiendo la beneficiaria, pasando de \$1'099.527 a \$910.270, motivo por el cual, en aplicación al principio de favorabilidad, se niega la solicitud de reliquidación de la mesada pensional" (folios 24 al 31 del archivo 01 FI. 1 al 43).

Mediante resolución DPE 1361 del 27 de enero de 2020, COLPENSIONES confirmó la resolución anteriormente señalada, como se advierte a folios 32 al 39 del mismo archivo, acto administrativo que se comunicó a la demandante el 11 de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

febrero de 2020, como consta en el expediente administrativo que obra en la carpeta identificada con ese nombre en el expediente digital.

La mesada pensional de la demandante en el año 2021 correspondió a la suma de \$1'159.684, según certificado emitido por COLPENSIONES que obra en la carpeta denominada expediente administrativo del expediente digital.

CONCLUSIÓN

Previo a resolver el problema jurídico planteado debe indicar la Sala que anticipó el Señor Juez de primera instancia una decisión condenatoria sin advertir que COLPENSIONES reconoció que el señor JESUS DIAZ FUENTES dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa bajo los parámetros previstos por el acuerdo 049 de 1990, como lo dejó claramente señalado en la resolución SUB 336141 del 9 de diciembre de 2019, en la que además calculó el IBL con las últimas 100 semanas de cotización y aplicó una tasa de remplazo del 90%, aspectos que constituyen las pretensiones principales de la demanda, junto con la actualización del IBL conforme el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la decisión de fondo, debe indicarse que no es procedente el reconocimiento de una pensión post mortem con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, tal como la reconoció el a quo, toda vez que pese a que el señor JESUS DIAZ FUENTES cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES un total de 1.411,29 semanas, falleció sin cumplir la edad para la pensión de vejez que es de 60 años para los hombres, pues falleció a la edad de 54 años y el referido acuerdo 049 de 1990 no contempla la posibilidad de la habilitación de la edad por el fallecimiento. Tampoco es dable acudir a la ley 12 de 1975 cuyo artículo 1º permite a la cónyuge supérstite de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público acceder a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado en la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ley, como una forma de habilitar la edad con la muerte del trabajador, pues para la fecha del fallecimiento del señor JESUS DIAZ FUENTES ya había entrado en vigencia la ley 100 de 1993 y, tal como lo señaló expresamente la Corte Constitucional en la sentencia C – 1289 de 2001 en la que se declaró inhibida para analizar una demanda de inconstitucionalidad contra la referida ley 12 de 1975, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993, *cuando un trabajador perteneciente al sector público, oficial, semioficial o privado no excluido por ese ordenamiento, fallece sin haber reunido los requisitos exigidos para obtener la pensión de sobrevivientes, a los miembros de su grupo familiar se les pagará una indemnización sustitutiva de la misma.*

Ante esta circunstancia, no hay duda que el artículo 1 de la ley 12 de 1975, materia de demanda, que contenía un mandato general aplicable a los empleados del sector público y del privado, fue derogado por las disposiciones antes transcritas de la ley 100 de 1993, en las que se regula la misma prestación, esto es, la pensión de sobrevivientes para la misma categoría de empleados.

Obsérvese que la norma acusada no consagraba ningún régimen especial sino uno general, por consiguiente, ha de entenderse derogada por el sistema integral contenido en la Ley 100 de 1993, que también es un régimen general aplicable al mismo sector: empleados públicos y privados, situación que podría conducir a la inhibición de la Corte para emitir pronunciamiento de fondo, por carencia de actual de objeto.

De manera pues que solamente podría entenderse que la muerte del trabajador habilitó el requisito de la edad para el reconocimiento de la pensión de jubilación post mortem si el acuerdo 049 de 1990 (que es la norma que se aplicó por el principio de la condición más beneficiosa) o la ley 100 de 1993 (que es la norma vigente para la fecha del fallecimiento del causante) así lo contemplara, pero el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se ha completado el número mínimo de semanas requerido para obtener la pensión de vejez, es una posibilidad que solo previó el parágrafo 1° del artículo 46 de la ley 100 de 1993 modificado por



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el artículo 12 de la ley 797 de 2003 que, se insiste, no es la norma que estaba vigente para la fecha del fallecimiento del causante, como quedó señalado.

Finalmente, debe indicarse que no es acertado afirmar, como lo hizo el a quo, que la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor JESUS DIAZ FUENTES fue reconocida con fundamento en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, pues lo cierto es que el afiliado no acreditó las 26 semanas de cotización exigidas por la referida norma en ninguno de los dos eventos que ella contempla y de la lectura de la resolución 001206 del 24 de septiembre de 2002, se advierte que el Instituto de Seguros Sociales concedió la pensión de sobrevivientes a la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ en virtud de una circular interna de la entidad que consideró que había lugar al reconocimiento de la prestación por cuanto el causante cotizó más de las 1.000 semanas que era el número mínimo exigido para obtener la pensión de vejez, sin que se hiciera alusión a ninguna norma y solo cuando la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta lo establecido en el acuerdo 049 de 1990, COLPENSIONES en la resolución SUB 336141 del 9 de diciembre de 2019 hace un estudio del principio constitucional de la condición más beneficiosa y reconoce que el señor DIAZ FUENTES dejó causado el derecho con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, pero decide mantener la pensión como fue reconocida en un primer momento por favorabilidad, por lo que la Sala planteó el problema jurídico en los términos expuestos, pues como lo indicó COLPENSIONES, debe partirse de que la entidad ya reconoció la pensión en una cuantía y no podría disminuirse el valor de la misma.

En conclusión, como quiera que no es viable el reconocimiento de la pensión de vejez post mortem, como ya se explicó y que COLPENSIONES reconoció que el señor JESUS DIAZ FUENTES dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes prevista por el acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, el problema jurídico se resuelve efectuando el cálculo aritmético del IBL y la tasa de reemplazo del 90% conforme lo dispone el acuerdo 049 de 1990 para determinar si hay lugar a la reliquidación



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

solicitada o si, en realidad asiste razón a COLPENSIONES al determinar que la mesada pensional reconocida en la resolución 001206 del 24 de septiembre de 2002 es más favorable que la del referido acuerdo.

Para ello debe tenerse en cuenta que el acuerdo 049 de 1990 no previó la actualización o indexación de los salarios base de cotización con los cuales se liquidaban las pensiones a cargo del ISS, pues esa posibilidad fue introducida por la Ley 100 de 1993 en sus artículos 21 y 36 y si bien es cierto tal actualización fue solicitada por la actora en la demanda con fundamento en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, no podría aplicarse lo más favorable de cada norma al reconocimiento pensional, pues se reitera, la pensión de sobrevivientes fue reconocida a la demandante con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, norma que debe aplicarse en su integridad.

En relación con la improcedencia de la indexación de los salarios base de cotización de las pensiones de vejez regidas por el Acuerdo 049 de 1990 deben tenerse en cuenta, entre otras, la sentencia SL 2808 – 2020 en la que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral precisó:

“Con todo, debe recordarse que esta Sala de tiempo atrás ha precisado que es improcedente la indexación de los salarios base de cotización de las pensiones de vejez regidas íntegramente por el Acuerdo 049 de 1990, dado que en el parágrafo 1.º del artículo 20 de esta norma se consagra una fórmula exclusiva para calcular el monto de la mesada, conforme la cual «El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses»; es decir, que el valor se obtiene de acuerdo al número de semanas cotizadas y no conforme a los salarios devengados, tal como se expresó recientemente en sentencia CSJ SL4016-2019, al establecer:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En efecto, el Parágrafo 1 del literal b) de la parte II del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, que alude a la pensión de vejez, dispone:

El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses

Sobre el particular, se pronunció recientemente la Sala en la sentencia CSJ SL945-2019, en donde puntualizó:

Ahora bien, como quiera que la demandante pretende la indexación de la primera mesada pensional, cabe recordar que conforme a la jurisprudencia vigente, es improcedente la indexación de los salarios base de cotización de las pensiones de vejez regidas íntegramente por el Acuerdo 049 de 1990, como ocurre en este caso, toda vez que la misma norma en su artículo 20 regula la forma de obtener el salario mensual de base, como se expresó en sentencias CSJ SL16727-2015, SL8306-2017, SL1186-2018 y SL5152-2018, entre otras. (Negritas fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior y dado que no se encuentra un motivo suficiente para realizar un cambio en el actual criterio, el cargo es infundado.

De la misma forma se ha pronunciado esta Corporación en sentencias CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 41852, CSJ SL629-2013, CSJ SL12153-2015, CSJ SL13183-2015, CSJ SL15680-2015, CSJ SL6613-2017, CSJ SL3108-2018, CSJ SL4732-2018, CSJ SL5152-2018, CSJ SL945-2019, entre otras”



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Conforme la liquidación que se anexa a la sentencia, advierte la Sala que el cálculo de la pensión de sobrevivientes para el 13 de febrero de 1999, fecha de fallecimiento del causante corresponde a \$331.292,81 suma inferior a los \$400.469 que determinó COLPENSIONES en la resolución 001206 del 24 de septiembre de 2002 y que al 2021 equivale a \$1'119.577,39 frente a la pagada por COLPENSIONES en ese año que fue de \$1'159.684, como se señaló en las premisas fácticas, por lo que se advierte que fue acertada la decisión de la entidad de mantener la pensión reconocida en este último acto administrativo por favorabilidad.

Por lo anterior se revocará la sentencia apelada y, en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda formuladas por la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la parte demandante.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de septiembre de 2021 y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda formuladas por la señora JULIA ESTHER VELASQUEZ DE DIAZ.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

No Firma por Ausencia Justificada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

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