Radicación n.°56174

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL1421-2019

Radicación n.° 56174

Acta 13

Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por MIRYAM GARCÉS DE BERNAL, contra la sentencia proferida, el 19 de diciembre de 2011, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que instauró contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS-, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Se Acepta el impedimento manifestado por el Magistrado Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA.

I. ANTECEDENTES

Miryam Garcés de Bernal demandó al Instituto de Seguros Sociales –ISS- y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para que a través de un proceso ordinario de primera instancia declarara la nulidad de la afiliación o traslado al citado Fondo, por vicio en el consentimiento; la nulidad de los actos administrativos expedidos por el ISS con ocasión de su petición pensional; el reconocimiento de la pensión de vejez, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 29 de diciembre de 2003, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por haber conservado el régimen de transición; las mesadas adicionales de junio y diciembre, al igual que los intereses moratorios e indexación; también solicita que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., restituya al ISS la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y la condena en costas.

Expuso que nació el 29 de diciembre de 1948; que a 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años; que estuvo afiliada ininterrumpidamente al ISS desde el 1 de diciembre de 1988 hasta el mes de julio de 1999; que el 1 de septiembre de 1999, suscribió el formulario de traslado al Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., atendiendo la información suministrada por la asesora comercial de dicha compañía, quien le manifestó que podía perder su derecho pensional ante precaria situación financiera del ISS, y que en caso de muerte perdería todo lo aportado; que para la fecha en que se produjo el traslado había cotizado más de 500 semanas comprendidas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento del requisito de edad, previsto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, para causar su derecho pensional; que tanto el ISS como PORVENIR S.A., no le ilustraron sobre la conveniencia de mantener su afiliación en el RPM y menos que dicho traslado implicaría la pérdida del régimen de transición, tan solo le informaron que debía permanecer por lo menos 3 años en la AFP antes de trasladarse nuevamente al ISS.

Indicó que las demandadas no le advirtieron sobre la mayor densidad de cotizaciones y edad requeridas para obtener su derecho pensional en el régimen de ahorro individual, frente a los exigidos por el ISS, entidad en la que había cotizado el número mínimo de semanas y sólo esperaba, para su reconocimiento, el cumplimiento de los 55 años de edad el día 29 de diciembre de 2003, en cuantía de un salario mínimo mensual; que el haber sido inducida a trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., le había implicado su renuncia al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; informa que durante el periodo de vinculación con el RAIS, cotizó 175 semanas y que estuvo nuevamente afiliada al ISS entre el 1 de febrero de 2003 y el 28 de diciembre del mismo año.

Finalmente, relacionó los actos administrativos a través de los cuales el ISS le negó el reconocimiento pensional, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y la condición de beneficiaria del régimen de transición; igualmente, da cuenta de la respuesta negativa dada por la AFP a su petición de nulidad del traslado, manifestando el silencio guardado por el ISS ante la misma solicitud.

La convocada a juicio ISS, al contestar, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la edad de la demandante y los actos administrativos por medio de los cuales el ISS resolvió las peticiones pensionales; aclaró que la actora sufragó 551 semanas al ISS en forma ininterrumpida desde el 25 de abril de 1984 hasta el 13 de abril de 1999, de las cuales 296 habían sido antes del 1º de abril de 1994 y que durante el lapso de afiliación a la AFP había cotizado 175 semanas; tampoco admitió la afirmación, según la cual la demandante era beneficiaria del régimen de transición; sobre los demás supuestos fácticos, manifiesta que no le constan. Propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones que la afectaban directamente. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad, afiliación, cotizaciones y reclamaciones ante el ISS y su representada; negó haber acudido a procedimientos indebidos para obtener el consentimiento y su traslado de régimen pensional; advirtió que la acusación de engaño carece de sustento probatorio, y que la asesoría que reciben sus clientes es idónea e integral; sostuvo que la demandante no mantuvo el régimen de transición, pues su traslado al RAIS tenía como consecuencia la pérdida de sus beneficios, de los demás hechos dijo no ser ciertos o no constarle. Como excepciones formuló las de inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de diciembre de 2011, confirmó la sentencia de primera instancia, sin costas.

Concretó el objeto del recurso a determinar sí las demandadas indujeron a error, al no informar a la actora "sobre los perjuicios que se podían producir con el cambio del ISS a PORVENIR". Después de transcribir fragmentos de la sentencia apelada, dedujo que "el hecho de haber realizado la demandada PORVENIR un ofrecimiento de sus servicios, no quiere decir que se esté

viciando el consentimiento de los usuarios, ya que el deber o trabajo de sus asesores comerciales precisamente es vender su producto, y la demandante aceptó dicho ofrecimiento". Concluyó que la omisión advertida, no constituye vicio del consentimiento y que la demandante no cumplió con la carga de probar los hechos que demostraran la alteración del mismo.

I. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver; advirtiendo que, mediante Auto del 17 de abril de 2013, esta Sala dispuso tener como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

II. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, acceda a las súplicas de la demanda, "condenando a PORVENIR S.A., a restituir al ISS la totalidad de los aportes que le entregó la demandante, al pago de los perjuicios causados por las demandadas a la actora, que se declare que la actora es beneficiaria del régimen de transición y se ordene al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho junto con sus intereses moratorias y resuelva sobre las costas de este recurso y por las de las instancias como corresponde."

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados, los cuales se estudiarán a continuación.

III. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar, por la vía indirecta, en la modalidad de "aplicación indebida de los artículos 340 del CST, 11 y 13, 36, 113 y 114 de la Ley 100 de 1993 en relación con los arts. 48 y 53 de la Constitución Política y los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 15, 1494 y 1757 del Código Civil, en relación con los artículos 177 y 252 del CPC, tal como fue modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, en relación con el arto 31 del CPTSS, tal como fue modificado por el 18 de la Ley 712/01, en relación con los arts. 61 y 145 del CPTSS."

Relacionó como errores de hecho de la sentencia del Tribunal, los siguientes:

"1.- Dio por demostrado sin estarlo que la demandante no probó haber sido inducida a engaño y error para trasladarse de régimen.

2.- No dio por demostrado estándolo, que con el traslado de régimen, automáticamente se estaba en presencia de una renuncia tácita a los derechos pensionales que corresponden al beneficiario del régimen de transición que son derechos adquiridos e irrenunciables.

3.- Dio por demostrado que a pesar de que la asesora comercial de Porvenir no le informó qué ocurría si cambiaba de régimen, ello no constituía un vicio del consentimiento.

4.- No dio por demostrado estándolo, que con la inducción a engaño para

que cambiara de régimen, Porvenir por medio de su asesora comercial, estaba llevando a la actora a renunciar a su derecho de pensión mínima."

Como pruebas dejadas de apreciar enuncia las respuestas dadas por Porvenir S.A., a los hechos 5°, 7°, 8°, 9°, 11° y 12° de la demanda; el registro civil de nacimiento de la accionante; la historia laboral de la demandante que acredita sus cotizaciones en el ISS; la respuesta de Porvenir de 3 de febrero de 2009, en donde afirma que no le fue posible aclarar las circunstancias de la mala asesoría comercial, en virtud de que ya no labora para dicha compañía, y el documento con el cual la AFP pretende justificar que la actora estaba plenamente consciente de la decisión que había tomado en forma libre y espontánea.

Afirma que la demandante, para decidir el cambio de régimen pensional, obró con base en la información inexacta e insuficiente que le brindó la asesora comercial de la AFP sobre la crisis financiera del ISS y la pérdida de sus cotizaciones en caso de muerte, pero que el ad quem consideró que tal omisión no constituía vicio del consentimiento. Sostiene que otra hubiera sido la decisión de la actora si el fondo de pensiones, le hubiera informado que ese traslado le implicaba no solo perder la posibilidad de pensionarse de conformidad con el régimen de transición, sino la obligación de cotizar 1150 semanas, contar con 57 años de edad para adquirir su derecho pensional y asumir el riesgo financiero al que estaba expuesto su ahorro pensional.

Refiriéndose al formato diligenciado por la actora para formalizar el cambio de régimen pensional (Folio 101 Cuaderno del Juzgado), manifiesta que no contiene ninguna información relacionada con las consecuencias del traslado, omisión que se torna engañosa, advirtiendo que de lo allí consignado se podía inferir que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, pues con la fecha de nacimiento se determinaba que a 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años y que al 13 de abril de 1999, tenía más de 500 semanas cotizadas, faltando únicamente el cumplimiento de la edad; en esas circunstancias califica de "imposible matemático", sufragar 1150 semanas de cotización a los 57 años de edad, para acceder a la prestación pensional en el RAIS. Por lo anterior, deduce que la omisión advertida, contrario a lo dicho por el Tribunal, si es relevante y constituye una falta grave de la AFP, pues las condiciones personales y laborales de la accionante hacían inviable la obtención de la pensión de vejez en el nuevo régimen pensional, concluyendo lo siguiente:

"Por esto, resulta viciado el efecto jurídico del documento suscrito por la actora a instancias de Porvenir, en donde se la pone a manifestar que conoce la legislación y que opta por el sistema ofrecido en forma espontánea y sin presión o violencia.

La falta del requisito de una información detallada, amplia y suficiente para que la demandante, una vez conocida la meta final o el resultado último de la negociación de su traslado, impidió que pudiera estar

consciente del verdadero efecto de ese movimiento para poder optar por él en forma consciente y libre, es decir con "plena advertencia y pleno consentimiento", según el decir del antiguo doctrinante. Y ello es grave."

Para fundamentar su argumento, transcribe apartes de la sentencia de 9 de septiembre de 2008, rad. No. 31.989, en la que esta Sala explica el deber de información de las administradoras de pensiones con los afiliados, y la diligencia con la que deben actuar frente a los interesados en traslado de régimen, cuando tienen causado el derecho pensional, conforme al régimen de transición. Así mismo, evoca un segmento de la sentencia del 22 de noviembre de 2011, rad. 33.083, en la que comenta las ventajas del RPM en relación con el RAIS, así como las sentencias con radicación 31.989 y 31.314 del 9 de septiembre de 2008, en las que indican que la deficiente o falta de información son determinantes en la decisión de traslado.

Aduce el censor, que la AFP no contestó los hechos 5º, 7º, 8º, 9º, 11 y 12, de la demanda, por lo que deben declararse probados, conforme al numeral 3º del artículo 31 del CPTSS, pues "contienen afirmaciones y negaciones indefinidas que no se prueban en derecho al tenor de la disposición del artículo 177 del CPC, precisamente porque metafísicamente no son susceptibles de ser probadas y por ser indefinidas, remiten a los demandados la carga de la prueba de la cual, se desentendieron los contendientes pasivos y por ello, tales hechos han de tenerse por ciertos, ratificándose así que Porvenir no ilustró suficientemente a la actora de las consecuencias de su traslado, violando la disposición del artículo 114 de la L. 100/93." Explica, que el tribunal pasó por alto la norma, por lo que, PORVENIR S.A., al no aportar prueba en contrario, vició el consentimiento de la actora al no cumplir el deber de brindar al afiliado información completa, hecho que se traduce en engaño, conforme lo establecido en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, antes citada.

Sobre los demás documentos dejados de apreciar por el Tribunal, argumenta lo siguiente:

"El acta civil de nacimiento de la actora y su historia laboral, son documentos que el Tribunal no analizó ni tampoco la juez a quo, que demuestran la edad de la demandante y sus cotizaciones a la seguridad social. Son documentos auténticos que se aportaron legal y oportunamente al proceso y no fueron tachados de falsos que deben tenerse en cuenta para la decisión final que se adopte.

El documento que contiene la afirmación de Porvenir en el sentido de que no le es posible explicar si su asesora comercial omitió información sobre los efectos de su traslado a la actora, también hace parte de este proceso en forma oportuna y legal y contiene la confesión de un hecho que le perjudica por lo cual, debe dársele este carácter, toda vez que el fallador de segunda instancia no los tuvo en cuenta."

IV. LA RÉPLICA DE PORVENIR S.A.

El opositor, luego de resumir las reglas sobre técnica de casación por la vía indirecta, manifiesta que con base en las pruebas reseñadas por el actor como no apreciadas, se concluye que el Tribunal no pudo cometer los errores de hecho que se le atribuyen.

En relación con la respuesta dada por su representada a los hechos 5º, 7º, 8º, 9º, 11 y 12 de la demanda, señala que fue contundente en el sentido de asegurar que nunca hubo engaño para convencer a la demandante de efectuar el traslado de régimen pensional, resultando obvio que su decisión fue libre y voluntaria exenta de vicios del consentimiento, conclusión que encuentra mayor respaldo en la falta de acreditación de la ocurrencia de los mismos por parte de la demandante, conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Manifiesta que no era suficiente afirmar, que la actora había optado por afiliarse a PORVENIR S.A., porque la asesora comercial le hubiera hecho creer que el ISS estaba en grave situación económica o que en caso de muerte perdería todos sus aportes, sino que era necesario probar en juicio el citado hecho, demostración inexistente en el proceso. Señala que el demandante pretendió crear sus propias pruebas para favorecerse, y así lo entendió el Tribunal al confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia. Trae como fundamento de sus deducciones, la sentencia de esta Sala, proferida el 24 de noviembre de 2004, radicado 23.700, en la que recuerda que el error, la fuerza y el dolo, no surgen en abstracto, sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido.

Aduce que, en ausencia de prueba que acredite la configuración de vicios del consentimiento, obra en el formulario de afiliación visto a folio 101 del Cuaderno principal, un recuadro en el que aparece firmado por la demandante, donde se expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud", lo que demuestra que aceptó explícitamente haber recibido información necesaria para adoptar su decisión de trasladarse a PORVENIR S.A.; al mismo tiempo, considera relevante tener en cuenta la formación académica de la actora, quien contaba con estudios superiores en arquitectura y ostentaba la calidad de representante legal de la empresa para la cual trabajaba, lo que indica que contaba con una estructura mental para entender y medir las consecuencias del cambio de régimen pensional.

Agrega que en la acusación por la vía indirecta, el recurrente incluyó consideraciones de orden jurídico, especialmente las referentes al valor probatorio y no al entendimiento dado por el juzgador ad quem a ciertos medios de prueba, por lo que solicita desechar el cargo, para lo cual se fundamenta en la sentencia de esta corporación del 22 de febrero de 2011, radicado No. 36.684.

Esgrime que la acción de nulidad impetrada por vicios del consentimiento,

se encuentra prescrita en los términos previstos en los artículos 1502, 1513, 1740 y 1750 del Código Civil, conforme las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sala del 27 de enero de 2000, rad. No. 12.766; y que, desde el 26 de febrero de 2003, PORVENIR S.A., cumplió con la obligación de entregarle al ISS todos los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Concluye que no existe razón alguna para casar la sentencia, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad y acierto en lo relativo a una apropiada apreciación de las pruebas.

V. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal "por haber violado directamente, por aplicación indebida, los artículos 1, 13, 340 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los arts. 13, tal como fue modificado por el arto 2° de la L. 797/03, 36, 113 y 114 de la Ley 100 de 1993 en relación con los arts. 48 y 53 de la Constitución Política y los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 15, 1494 y 1757 del Código Civil, en relación con los artículos 177 y 252 del CPC tal como fue modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, en relación con el art. 31 del CPTSS, tal como fue modificado por el 18 de la L. 712/01, en relación con los arts. 61 y 145 del CPTSS."

En la demostración del cargo sostiene, que en la sentencia impugnada no hay un análisis sobre el tema de carga de la prueba, por lo que el artículo 177 del CPC, fue indebidamente aplicado, explicando que:

"como el artículo 177 del C. de P. C. le impone al operador judicial el deber de examinar desde el ángulo probatorio si existieron razones atendibles para que el demandante se atuviera a las consecuencias probatorias establecidas en el proceso respecto a la inadecuada o defectuosa manera de contestar la demanda y a la aplicación del mismo ordenamiento en cuanto a la prueba de las afirmaciones o negaciones indefinidas y ese examen no lo hizo aquí el Tribunal, es claro que violó el artículo 177 del C. de P. C. en relación con las demás normas que el cargo cita, y por eso la sentencia debe ser anulada en su integridad y en instancia, revocar la de primer grado accediendo a la totalidad de las condenas impetradas."

VI. LA RÉPLICA DE PORVENIR S.A.

Responde el opositor que el cargo carece de una presentación lógica y una verdadera argumentación, omitiendo relacionar las normas sustanciales presuntamente vulneradas, pues toda su discusión giró en torno a aspectos procedimentales, que no evidencian yerro alguno por parte del Tribunal, por lo que solicita a la Corte abstenerse de casar el fallo.

VII. LA RÉPLICA DEL ISS

En forma sucinta se pronunció sobre los dos cargos, indicando que el impugnante no logró desvirtuar los fundamentos de la sentencia confutada, por cuanto incumplió la exigencia de demostrar los supuestos fácticos que dieron lugar a los vicios del consentimiento, conforme al artículo 177 del CPC, y que la legalidad de la sentencia encuentra apoyo en decisiones jurisprudenciales de la Sala Laboral de

esta Corte, plenamente avalada por el artículo 230 de la Constitución Política, que obliga a los falladores a someter sus decisiones al imperio de la ley, en concordancia con el artículo 16 del CST, por lo que solicita desestimar la demanda de casación.

VIII. CONSIDERACIONES

La Sala estudiará conjuntamente los dos cargos, en razón a que, aun cuando se dirigen por distintas vías, enuncian igual elenco normativo, contienen argumentación complementaria y persiguen el mismo fin. Sin embargo, preliminarmente se resolverán las objeciones formales planteadas por el opositor.

El apoderado de la AFP PORVENIR S.A., afirma que la acusación, cuando se formula por la senda indirecta, como se hace en el primer cargo, el recurrente está impedido para incluir consideraciones de orden jurídico; aun cuando tal aseveración es acertada, la Sala encuentra que la demostración del ataque no presenta errores de técnica insuperables que impidan su estudio de fondo, pues, si bien es cierto, que aquella vía sólo admite discusiones netamente fácticas, toda la acusación parte de la supuesta aplicación indebida de la ley, como consecuencia de una distorsionada deducción de los hechos que realiza el ad quem, lo cual conlleva necesariamente al censor a hacer referencia al contenido y alcance de las normas jurídicas que plantea como indebidamente aplicadas, como consecuencia de la falta o errada apreciación de los medios de convicción calificados en casación, tal y como se evidencia el presente asunto.

En relación con los defectos endilgados por el mismo opositor a la demostración del cargo por la vía directa, encuentra la Sala que el argumento de la censura apunta a controvertir el entendimiento dado por el Tribunal a los artículos 31 del CPTSS y 177 del CPC, en cuanto a las consecuencias probatorias de no contestar adecuadamente los hechos de la demanda y la carga de la prueba en caso de afirmaciones o negaciones indefinidas, lo que incidió en la indebida aplicación de las normas sustantivas que integran la proposición jurídica, planteamiento que tampoco impide su estudio de fondo en la forma como se encuentra sustentado.

Ahora bien, en lo referente a la sentencia acusada, debe puntualizarse que el Tribunal arribó a la conclusión de que la demandante había sido informada por la AFP demandada sobre los efectos de cambio de régimen, pues así lo dedujo de los hechos 5 y 10 de la demanda, cuando afirmó que le habían comunicado que debía permanecer mínimo 3 años con dicha entidad; y que, el ofrecimiento de sus servicios, no significa que estuviera viciando el consentimiento de los usuarios, pues debe entenderse que el trabajo de los asesores comerciales consiste precisamente en vender su producto; y que el demandante incumplió el deber procesal de demostrar que existió un vicio en el consentimiento, por cuanto el artículo 177 del CPC, establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por su parte, el censor por la vía de los hechos, aduce que el ad quem se equivocó al concluir que la demandante no probó haber sido inducida a engaño y error para trasladarse de régimen pensional, omitiendo que su decisión implicaba la renuncia tácita de sus derechos pensionales derivados del régimen de transición; recriminando al sentenciador de alzada no deducir la falta de información que constituía vicio del consentimiento.

En el mismo sentido, denuncia como pruebas dejadas de apreciar, las respuestas dadas por Porvenir S.A. a los hechos 5°, 7°, 8°, 9°, 11°, y 12° de la demanda; el registro civil de

nacimiento de la accionante, la historia laboral, la respuesta de Porvenir S.A, el 3 de febrero de 2009, donde se le informa, que no es posible aclarar las circunstancias bajo las cuales se le proporcionó la información por parte de su asesora comercial, en razón de que ya no labora para dicha entidad y, el formulario visible a folio 101 del cuaderno de primera instancia.

De los medios probatorios antes relacionados, extrae la Sala, que dada la afiliación y edad de la actora, es claro que fue cobijada por el régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a 1º de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad, pero menos de 15 años de cotizaciones. Igualmente, está probado que el día 31 de julio de 1999, fecha en la que solicitó el traslado a PORVENIR S.A., contaba con 559 semanas cotizadas al ISS desde el 25 de abril de 1984, cumpliendo con el requisito de densidad de cotizaciones, previsto en el literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y que el 29 de diciembre de 2003, cumpliría los 55 años, con lo cual causaría su derecho pensional al amparo del régimen de transición vigente en ese momento. Luego, resulta inobjetable que al momento de materializarse el traslado de régimen, la actora contaba con una expectativa legitima de adquirir su estatus pensional, con base en el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, el Acuerdo 049 de 1990.

Precisado lo anterior, debe ocuparse la Corporación de resolver sí el Tribunal aplicó en debida forma las normas legales sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, para lo cual es menester determinar si la decisión de la demandante fue libre; así como establecer sí la administradora de pensiones demandada cumplió con las obligaciones previstas en el sistema de seguridad social integral para esta clase de actos.

Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, conforme lo viene adoctrinando esta Sala, en tratándose del alcance del derecho a seleccionar un régimen pensional, el afiliado ostenta la facultad de optar por uno, en forma libre, informada, espontánea y sin presiones, lo que a su vez se constituye en una garantía del afiliado amparado por el régimen de transición, por hacer parte del núcleo esencial del derecho fundamental irrenunciable.

Puntualmente, en materia de traslados de régimen pensional de afiliados, cobijados por la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, estableció las reglas básicas a tener en cuenta al momento de valorar su eficacia, en la citada providencia la Corte dijo:

"Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."

En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles

siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.

Bajo el anterior contexto, queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Conforme a lo discurrido, el Tribunal en su decisión incurrió en los yerros que se le endilgan, al considerar que no se acreditó el engaño por parte de la actora, cuando resulta claro que la deficiente información, en este caso, del traslado de régimen, resulta ser evidente, lo cual no puede ser ignorado por los jueces de instancia, dada la trascendencia del derecho pensional que está de por medio; de contera además, el juzgador desconoció el artículo 11 de la Ley 100/93, en donde se establece el respeto por los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos a quienes estén pensionados o hayan cumplido los requisitos, así como el literal b) del precepto 13 ibídem que trata sobre la selección libre y voluntaria de régimen.

Finalmente, en lo atinente a los efectos adversos al convocado cuando en la contestación de la demanda, no se esgrimen las razones por las cuales niega un hecho o no le consta, la Sala advierte la ausencia de error del ad quem a este respecto, en tanto, si bien en el fallo confutado, se omitió pronunciamiento frente a tal aspecto, dicha instancia no era la competente para deducir las aludidas implicaciones probatorias, en la medida en que es el juez de primer grado, en su calidad de director del proceso, quien en observancia de lo previsto en el artículo 31 del CPT Y SS modificado por el 18 de la Ley 712 de 2001, ostenta el deber de velar por el cumplimiento de

los requisitos, esto es, proceder a verificar los presupuestos legales de la contestación, y a su vez derivar de la misma las consecuencias procesales correspondientes.

En estas condiciones, los cargos resultan fundados, en tanto el Tribunal no advirtió las anteriores circunstancias, para tener por ineficaz la afiliación y traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual y los actos consecuenciales, por lo cual, se casará la decisión acusada.

Sin costas en el recurso.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Así mismo, la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva a que sea la Administradora de Pensiones – Colpensiones, la obligada a reconocer y pagar a la señora Garcés de Bernal, la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990.

Al efecto, se itera que la recurrente, nació el 29 de diciembre de 1948; es beneficiaria del régimen de transición y cuenta con el tiempo total de semanas cotizadas requeridas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, más de 500 semanas sufragadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, generándole la posibilidad de acceder a la pensión vejez, situación que aunada a la información consignada en la historia laboral, obrante a folios 104 del cuaderno de primera instancia, mediante la cual se acredita como calenda de la última cotización el 31 de diciembre de 2003, es permisible establecer como fecha de causación de la prestación económica el 1 de enero de 2004.

Ahora bien, a fin de determinar el ingreso base de liquidación (IBL), es dable precisar que en razón a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora requería una temporalidad inferior a 10 años, para consolidar el derecho, le es aplicable el artículo 36 de la norma en cita, y en ese orden se procede a efectuar la liquidación de la prestación pensional:

FECHAS	N° DE	N° DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO	
DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
05/03/1993	31/03/1993	27	3,86	$ 89.070,00	$ 389.337,18	$ 2.995,75
01/04/1993	30/04/1993	30	4,29	$ 89.070,00	$ 389.337,18	$ 3.328,62
01/05/1993	31/05/1993	31	4,43	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.286,43
01/06/1993	30/06/1993	30	4,29	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.148,16
01/07/1993	31/07/1993	31	4,43	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.286,43
01/08/1993	31/08/1993	31	4,43	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.286,43
01/09/1993	30/09/1993	30	4,29	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.148,16
01/10/1993	31/10/1993	31	4,43	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.286,43
01/11/1993	30/11/1993	30	4,29	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.148,16
01/12/1993	31/12/1993	31	4,43	$ 111.000,00	$ 485.196,22	$ 4.286,43
01/01/1994	31/01/1994	31	4,43	$ 111.000,00	$ 395.780,47	$ 3.496,49
01/02/1994	28/02/1994	28	4,00	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 3.983,22
01/03/1994	31/03/1994	31	4,43	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.409,99
01/04/1994	30/04/1994	30	4,29	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.267,73
01/05/1994	31/05/1994	31	4,43	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.409,99
01/06/1994	30/06/1994	30	4,29	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.267,73
01/07/1994	31/07/1994	31	4,43	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.409,99

01/08/1994	31/08/1994	31	4,43	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.409,99
01/09/1994	30/09/1994	30	4,29	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.267,73
01/10/1994	31/10/1994	31	4,43	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.409,99
01/11/1994	30/11/1994	30	4,29	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.267,73
01/12/1994	31/12/1994	31	4,43	$ 140.000,00	$ 499.182,57	$ 4.409,99
01/01/1995	31/01/1995				$ -	$ -
01/02/1995	28/02/1995	30	4,29	$ 200.000,00	$ 581.596,81	$ 4.972,33
01/03/1995	31/03/1995	30	4,29	$ 200.000,00	$ 581.596,81	$ 4.972,33
01/04/1995	30/04/1995				$ -	$ -
01/05/1995	31/05/1995				$ -	$ -
01/06/1995	30/06/1995	30	4,29	$ 200.000,00	$ 581.596,81	$ 4.972,33
01/07/1995	31/07/1995	30	4,29	$ 400.000,00	$ 1.163.193,61	$ 9.944,66
01/08/1995	31/08/1995				$ -	$ -
01/09/1995	30/09/1995	30	4,29	$ 400.000,00	$ 1.163.193,61	$ 9.944,66
01/10/1995	31/10/1995	30	4,29	$ 400.000,00	$ 1.163.193,61	$ 9.944,66
01/11/1995	30/11/1995	30	4,29	$ 400.000,00	$ 1.163.193,61	$ 9.944,66
01/12/1995	31/12/1995				$ -	$ -
01/01/1996	31/01/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76

01/02/1996	29/02/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/03/1996	31/03/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/04/1996	30/04/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/05/1996	31/05/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/06/1996	30/06/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/07/1996	31/07/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/08/1996	31/08/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/09/1996	30/09/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/10/1996	31/10/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/11/1996	30/11/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/12/1996	31/12/1996	30	4,29	$ 240.000,00	$ 584.220,55	$ 4.994,76
01/01/1997	31/01/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/02/1997	28/02/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/03/1997	31/03/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/04/1997	30/04/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/05/1997	31/05/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/06/1997	30/06/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/07/1997	31/07/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/08/1997	31/08/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/09/1997	30/09/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/10/1997	31/10/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99

01/11/1997	30/11/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/12/1997	31/12/1997	30	4,29	$ 280.000,00	$ 560.269,19	$ 4.789,99
01/01/1998	31/01/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/02/1998	28/02/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/03/1998	31/03/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/04/1998	30/04/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/05/1998	31/05/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/06/1998	30/06/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/07/1998	31/07/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/08/1998	31/08/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/09/1998	30/09/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/10/1998	31/10/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/11/1998	30/11/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/12/1998	31/12/1998	30	4,29	$ 350.000,00	$ 595.138,89	$ 5.088,11
01/01/1999	31/01/1999	30	4,29	$ 400.000,00	$ 582.760,00	$ 4.982,27
01/02/1999	28/02/1999	30	4,29	$ 400.000,00	$ 582.760,00	$ 4.982,27
01/03/1999	31/03/1999	22	3,14	$ 400.000,00	$ 582.760,00	$ 3.653,67
01/04/1999	30/04/1999				$ -	$ -
01/05/1999	31/05/1999				$ -	$ -

01/06/1999	30/06/1999				$ -	$ -
01/07/1999	31/07/1999				$ -	$ -
01/08/1999	31/08/1999				$ -	$ -
01/09/1999	30/09/1999				$ -	$ -
01/10/1999	31/10/1999	30	4,29	$ 400.000,00	$ 582.760,00	$ 4.982,27
01/11/1999	30/11/1999	30	4,29	$ 400.000,00	$ 582.760,00	$ 4.982,27
01/12/1999	31/12/1999	30	4,29	$ 400.000,00	$ 582.760,00	$ 4.982,27
01/01/2000	31/01/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/02/2000	29/02/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/03/2000	31/03/2000				$ -	$ -
01/04/2000	30/04/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/05/2000	31/05/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/06/2000	30/06/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/07/2000	31/07/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/08/2000	31/08/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/09/2000	30/09/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/10/2000	31/10/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/11/2000	30/11/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27

01/12/2000	31/12/2000	30	4,29	$ 400.000,00	$ 533.516,43	$ 4.561,27
01/01/2001	31/01/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/02/2001	28/02/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/03/2001	31/03/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/04/2001	30/04/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/05/2001	31/05/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/06/2001	30/06/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/07/2001	31/07/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/08/2001	31/08/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/09/2001	30/09/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/10/2001	31/10/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/11/2001	30/11/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/12/2001	31/12/2001	30	4,29	$ 400.000,00	$ 490.580,02	$ 4.194,19
01/01/2002	31/01/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/02/2002	28/02/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/03/2002	31/03/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/04/2002	30/04/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/05/2002	31/05/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/06/2002	30/06/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/07/2002	31/07/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/08/2002	31/08/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36

01/09/2002	30/09/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/10/2002	31/10/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/11/2002	30/11/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/12/2002	31/12/2002	30	4,29	$ 400.000,00	$ 455.744,12	$ 3.896,36
01/01/2003	31/01/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/02/2003	28/02/2003				$ -	$ -
01/03/2003	31/03/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/04/2003	30/04/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/05/2003	31/05/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/06/2003	30/06/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/07/2003	31/07/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/08/2003	31/08/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/09/2003	30/09/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/10/2003	31/10/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/11/2003	30/11/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
01/12/2003	31/12/2003	30	4,29	$ 400.000,00	$ 425.963,01	$ 3.641,75
TOTAL		3.509	501,29			$ 540.266,27

En lo referente al reconocimiento de los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, resulta pertinente destacar su improcedencia, toda vez que, si bien la pensión de vejez deprecada, se impartirá a cargo del ISS hoy COLPENSIONES, la misma surge con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado aquí decretado, y no por alguna omisión de la entidad, acaecimiento frente al que además, habrá de precisarse que el perjuicio en el retardo del reconocimiento de la prestación, se dio con ocasión del traslado de régimen de la actora, con el cual se prorrogó, la consolidación de su derecho pensional.

En este orden, lo que resulta pertinente es el reconocimiento de la indexación de las condenas impuestas, con sustento en la pérdida del valor adquisitivo de las mismas, acorde a la formula acogida, y memorada por la Sala en el proveído CSJ SL1001-2018 del 21 de marzo de 2018, que para tales efectos, estableció como parámetros:

"VA = VH x <u>IPC Final</u>

IPC 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.

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

Aunado a lo precedente, se desestimarán las excepciones formuladas por las entidades demandadas, incluyendo la de prescripción, aspecto frente al cual se argumentó por parte de la pasiva PORVENIR S.A., la naturaleza contractual que ostenta el cambio de régimen pensional de la demandante, y consecuencialmente la aplicación indistinta del término para establecer la viabilidad del fenómeno jurídico, esto es los 4 años contemplados por el articulo 1750 Código Civil o los 3 del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, preceptivas frente a las cuales en el caso en concreto, adujo el transcurso de una temporalidad mayor entre la calenda del traslado y la interposición de la demanda primigenia.

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Ahora bien, en lo referente a la prescripción de las mesadas debe tenerse como parámetro determinante, la exigibilidad del derecho pensional, pues tal y como se adujo en párrafos anteriores, corresponde como calenda inicial el 1 de enero de 2004, la cual presenta interrupción, con la presentación de la reclamación administrativa, el 6 de enero de 2006, cuyos recursos fueron resueltos por el ISS el 23 de julio de 2007, y la demanda inaugural formulada el 26 de junio de 2009, extremos frente a los cuales, para la Sala resulta permisible avizorar el transcurso de una temporalidad insuficiente a efectos de configurar los tres años requeridos para las acciones que surgen con ocasión de las leyes sociales en aplicación artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del C.S.T.

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, se autoriza a la demandada a efectuar los descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primer grado, y como consecuencia, se accederá a las pretensiones invocadas por la actora, concediendo la prestación pensional deprecada, en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, conforme a los argumentos expuestos.

Las costas de las instancias serán a cargo de las demandadas.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de diciembre de 2011, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MIRYAM GARCÉS DE BERNAL contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS-, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En sede de instancia, se dispone:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de 18 de mayo de 2010 y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante MIRYAM GARCÉS DE BERNAL del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 30 de julio de 1999, y en consecuencia, se ordena a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de la demandante, al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR al demandado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES- a reconocer y pagar la pensión de vejez, a favor de MIRYAM GARCÉS DE BERNAL, de conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de enero de 2004, en cuantía inicial de TRESCIENTOS

CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($358.000) junto con las mesadas adicionales, condena que a 31 de enero de 2019, por concepto de retroactivo, asciende a CIENTO QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS DOCE PESOS M/CTE ($115.840.412), valor que deberá ser debidamente indexado a la fecha en que se realice el pago, conforme a la parte motiva, teniendo en cuenta que la mesada para el año 2019 es de OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIECISÉIS PESOS M/CTE ($828.116), que será reajustada anualmente de conformidad con la ley.

CUARTO: ABSOLVER al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES- de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: AUTORIZAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES- descontar los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en salud.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SÉPTIMO: Costas como se dejó visto en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

(IMPEDIDO)

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

logo