



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No. 131

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA PROVIDENCIA DE FECHA 30 DE SEPTIEMBRE DE 2022, QUE EMITE SENTENCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL RADICACIÓN No. 15759 31 05 002 2021 00171 01.

DEMANDANTE(S) : JAIRO SOSA MERCHAN

DEMANDADO(S) : COLPENSIONES Y OTROS

FECHA SENTENCIA : SEPTIEMBRE 30 DE 2022.

MAGISTRADO PONENTE : Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPULVEDA

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARIA DE LA SALA UNICA POR UN DIA (1) HÁBIL, HOY 03/10/2022 a las 8:00 am, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del C.P.T.S.S., en concordancia con el artículo 40 ibídem y la notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del Edicto.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS

Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy 03/10/2022 a las 5:00 p.m.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007**

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN	:	15759310500220210017101
DEMANDANTE	:	JAIRO SOSA MERCHÁN
DEMANDADO	:	COLPENSIONES Y OTROS
MOTIVO	:	APELACIÓN DE SENTENCIA Y CONSULTA
DECISIÓN	:	CONFIRMA
ACTA DE DISCUSIÓN	:	ACTA NÚM. 190
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO A DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial del demandante JAIRO SOSA MERCHÁN como por los apoderados de las demandadas EBSA S.A E.S. P y COLPENSIONES contra la sentencia del 18 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES PROCESALES:

I.- La demanda:

JAIRO SOSA MERCHÁN, a través de apoderado judicial, el 19 de agosto de 2021 presentó demanda en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A E.S.P. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que, previos los trámites del proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por

COLFONDOS S.A y como consecuencia de lo anterior, se condene a esta última demandada trasladar los aportes pensionales a COLPENSIONES, incluyendo la totalidad del capital acumulado, rendimientos, bonos pensionales, saldos adicionales, frutos, intereses, gastos de administración, seguros previsionales, sumas que retiene el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones. Así mismo, se declare que el demandante es acreedor de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 desde el 2 de abril de 2021 con mesadas adicionales, que EBSA S.A. E.S.P., deberá cancelar el mayor valor entre la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES y la que se venía reconociendo al pensionado y, se condene a COLPENSIONES a indexar las sumas adeudadas con anterioridad a la sentencia y/o actualizar el monto de mesadas pensionales reconocidas hacia el futuro, conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que las sumas condenadas sean sometidas a actualización monetaria o indexación, las cosas y agencias del procesos y las demás ultra y extra petita a que haya lugar.

Funda la demanda en los siguientes hechos:

1.- JAIRO SOSA MERCHÁN nació el 2 de abril de 1959 y en la actualidad cuenta con 62 años de edad.

2.- El 6 de mayo de 2003, la EBSA S.A E.S.P., a través de la Resolución 072, le reconoció al demandante la pensión extralegal de jubilación con efectos desde el 30 de diciembre de 2002.

3.- En la mentada Resolución se indicó que una vez se cumplieran los requisitos para la pensión, la misma sería solicitada y reconocida por el I.S.S.

4.- El demandante ha cotizado ininterrumpidamente al ISS hoy COLPENSIONES desde el 28 de febrero de 1995.

5.- Cumplidos los requisitos, JAIRO SOSA MERCHÁN procedió a solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, pero no se le dio trámite a la solicitud, indicando que se encontraba afiliado a COLFONDOS S.A; sin embargo, la EBSA S.A E.S. P le entrega soportes de cotización donde se indica que los aportes se han realizado a COLPENSIONES.

6.- El 30 de abril del 2021 JAIRO SOSA MERCHÁN radicó derecho de petición ante COLFONDOS S.A., en el cual solicitó la desvinculación de dicha entidad y se

declarara que las cotizaciones realizadas tenían carácter de erróneas, el cual, fue respondido el 19 de mayo de 2021 denegando la solicitud.

7.- COLFONDOS S.A. no advirtió que el demandante se encontraba previamente vinculado a COLPENSIONES, así como tampoco le señalaron que por ser beneficiario de una pensión compartida no podía vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad, tampoco le explicaron de manera clara, comprensible y suficiente las consecuencias favorables y desfavorables del cambio de régimen pensional.

II.- Admisión, traslado y contestación de la demanda.

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, en providencia del 27 de septiembre de 2021¹, y corrido el traslado, las demandadas dieron contestación, pronunciándose así:

COLPENSIONES se opuso a la mayoría de las pretensiones declarativas y de condena, por considerar que el traslado del demandante a COLFONDOS S.A se realizó en el 2008 y en ese periodo de tiempo no estaba vigente la obligación de brindar asesoría respecto a los beneficios y desventajas del régimen, pues esta se creó en el año 2014, además que el demandante no adelantó alguna actuación tendiente a obtener información sobre su futuro pensional, sustrayéndose así de sus obligaciones como afiliado al sistema general de pensiones y reiterando su deseo de permanecer en el RAIS, por lo cual no sería procedente sancionar a COLPENSIONES al pago de alguna de las pretensiones solicitadas. Sin embargo, no se pronunció respecto a las de carácter ultra y extra petita.

Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción y la innominada o genérica.

Por su parte, COLFONDOS S.A, se refirió a los hechos y pretensiones de la demanda. Indicó, respecto a estas últimas, oponerse por cuanto los asesores

¹ Archivo digital 08 AUTO 27092021.pdg

brindaron al demandante una asesoría integral completa de las implicaciones de su traslado, por lo tanto, el actor cumplió todas las previsiones legales y fue firmado y aceptado por el demandante sin coacción o vicios del consentimiento. De las sumas actualizadas o la indexación manifestó que no es concordante con los hechos de la demanda y la primera solicitud declarativa. Respecto a las pretensiones declarativas y de condena que no van dirigidas contra esta AFP no se opone.

Como excepciones de mérito, propuso la de buena fe y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, EBSA S.A E.S. P, contestó la demanda y manifestó, respecto a las pretensiones, no oponerse ni allanarse excepto a la solicitud de condena en costas por cuanto estas están sujetas a la resolución del proceso y aun con la demanda se ha demostrado que este extremo ha cumplido con sus obligaciones. Propuso como excepciones la de falta de legitimación por causa pasiva.

III.- Sentencia impugnada.

En audiencia del 18 de abril de 2022, escuchadas las alegaciones de las partes, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso dictó sentencia a través de la cual: (1) Declaró la ineficacia del traslado del demandante JAIRO SOSA MERCHÁN, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, cuyos efectos la citada AFP reconoció a partir del 21 de mayo de 2008. En consecuencia, para todos los efectos legales de la sentencia, el señor JAIRO SOSA MERCHÁN nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (2) Condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver al Régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JAIRO SOSA MERCHÁN junto con sus rendimientos, bonos pensionales, y lo recaudado por concepto de cotizaciones, comisiones y gastos de administración, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (SL3895 de 2021), con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; (3) Condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", al

reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor del señor JAIRO SOSA MERCHÁN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, a partir del día dos de abril de 2021, con una mesada equivalente de \$ 1.205.293, oo lo que genera un retroactivo de \$16.555.485, oo y una indexación a la fecha por valor de \$6.419.013, oo. prestación pensional que se reconoce a razón de 13 mesadas al año, de conformidad con las razones esbozadas en la presente sentencia; (4) Condenó a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A E.S.P. a reconocer y pagar al señor JAIRO SOSA MERCHÁN, a partir del 2 de Abril de 2021, el mayor valor que se presenta entre el monto de la pensión de vejez que debe asumir la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” y el valor de la mesada pensional que venía pagándole al actor la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A E.S.P, así como el valor mayor que para los años subsiguientes se siga causando, teniendo en cuenta el reajuste anual de la prestación; (5) Autorizó a COLPENSIONES a descontar los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud; y (6) Declaró NO PROBADAS las excepciones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, y que denominó: “falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, error del derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción, propuestas por Colpensiones. Así mismo declaró NO PROBADAS las excepciones de buena fe y prescripción de la acción, propuestas por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; y NO PROBADA la excepción de falta de legitimación por causa pasiva propuesta por la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A E.S.P. por las razones que se expusieron en la parte motiva

La anterior decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones:

Luego de referir la existencia de los dos regímenes pensionales que subsisten en la Ley 100 de 1993 y citar jurisprudencia relacionada con la obligación que tienen las AFP de brindar información completa, detallada, y comprensible al afiliado que pretende trasladarse de régimen junto con las consecuencias de dicho traslado, verificó en el presente caso y con las pruebas aportadas que COLFONDOS S.A haya cumplido con la carga probatoria anteriormente descrita, aunado a que en el

momento se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 con las disposiciones relativas al derecho de información.

Indicó que si bien el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., señala que la misma se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, la jurisprudencia ha señalado que no basta con la firma de ello, más cuando el texto es preimpreso y no consignado directamente por el demandante. Así, la consecuencia de no realizar tal procedimiento conforme a la ley, es la de declarar ineficaz el traslado por omitir requisitos esenciales de este, generando así que el afiliado se traslade al régimen anterior, en este caso, el de prima media administrado por COLPENSIONES, con los efectos sobre COLFONDOS de devolver todos los valores que hubiere recibido por la afiliación.

Asimismo, y previo a estudiar los requisitos contenidos en la Ley 100 de 1993 para el otorgamiento de la pensión de vejez junto con los hechos del proceso, consideró que el demandante cumple con los presupuestos para adquirir la prestación a partir de la fecha en que se desafilió del sistema, es decir, a partir del 2 de abril de 2021 sin derecho a la mesada 14, ordenando que la EBSA S.A E.S.P. reconozca la diferencia que se presenta en el monto de la pensión a cargo de COLPENSIONES con el que venía siendo reconocido por EBSA S.A E.S.P.

Respecto de las excepciones, considero especialmente de la prescripción que la reclamación no se encuentra cobijada por esta por tratarse de derechos imprescriptibles e irrenunciables como son los pensionales.

IV.- De la impugnación.

En contra de la referida sentencia, interpuso recurso de apelación el demandante JAIRO SOSA MERCHÁN y los apoderados de las demandadas EBSA S.A E.S. P y COLPENSIONES, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.- El apoderado judicial del demandante JAIRO SOSA MERCHA, esta inconforme con el numeral 4 de la sentencia y solicita su modificación para que se deje claro que dentro del mayor valor que se ordena pagar a la EBSA S.A. E.S.P. y la pensión de vejez que se ordenó reconocer a COLPENSIONES se debe incluir la mesada 14, pues la pensión que venia siendo reconocida por la empresa era bajo la figura de la compartibilidad pensional, la que indica que en caso de existir una diferencia entre

lo reconocido por COLPENSIONES y la empleadora, esta última debe cancelar la diferencia.

2.- Por su parte el apoderado de EBSA S.A E.S.P., solicita se tenga como prueba documental la certificación expedida por la empresa y adjuntada al proceso en donde se hace la manifestación que al demandante en razón a que COLPENSIONES no le había reconocido la pensión de vejez se canceló la pensión plena y el retroactivo pensional correspondiente, el cual, fue cancelado hasta enero de 2022 por el valor de \$1.958.364. Por tanto, se adicione a la parte resolutive de la sentencia que los valores cancelados por la EBSA incluyen el mayor valor y que corresponde a la empresa pagar el mayor valor hasta febrero de 2022.

3.- Finalmente, la apoderada judicial de COLPENSIONES, interpone recurso contra los numerales 3 y 4 de la sentencia para que en su lugar se absuelva su representada de la condena, e indico:

3.1.- El demandante no se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, pues actualmente se encuentra en COLFONDOS S.A y por lo tanto no puede ser beneficiario del reconocimiento de la pensión de vejez compartida por la EBSA S.A E.S.P., ya que como se anotó en los numerales 1 y 2 de la sentencia el traslado esta condicionado al envío de los recursos. Evento en el cual, procede el estudio del reconocimiento de la prestación.

3.2.- Respecto a los montos de indexación y el monto de la prestación, considera que como aún no se tiene la historia consolidada ni el detalle de las cotizaciones realizadas por el empleador no se puede determinar aun el IBL y el monto de la prestación.

V.- Alegaciones en segunda instancia.

Corrido el traslado propio del Decreto 806 de 2020, las partes se pronunciaron como sigue:

1.- La apoderada de la parte demandante insistió en que debe ser reconocida la mesada catorce, toda vez que la naturaleza de la compartibilidad pensional implica que la mesada no se desmejore en razón a la subrogación jurídica que implica el hecho que la AFP asuma la pensión que venía siendo reconocida por la empresa.

2.- La Empresa de Energía de Boyacá señaló que el juzgado omitió que el mayor valor de la pensión ya fue cancelado al demandante hasta el mes de enero de 2022, conforme se probó en el plenario.

LA SALA CONSIDERA:

1.- Presupuestos procesales.

Revisada la actuación, concurren en la misma los llamados presupuestos procesales y como, además, no se vislumbra nulidad que deba ser puesta en conocimiento de las partes para su saneamiento o declarada de oficio, la sentencia será de fondo o mérito.

2.- Problema jurídico.

Como la sentencia fue apelada tanto por el demandante como por los demandados EBSA S.A E.S. P y COLPENSIONES y, además, está sometida al grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C. P. T. S. S., en la medida en que fue adversa a una entidad pública, la Sala debe revisarla en su integridad, sin más limitaciones que las derivadas de la propia demanda y de su contestación. Así, vista la sentencia son temas a revisar en esta instancia: (i) Si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, por haberse desconocido al demandante el derecho a elegir libre y voluntariamente el régimen deseado; (ii) Si COLFONDOS S.A debe trasladar a COLPENSIONES lo que hubiere cotizado el demandante de haber permanecido en el ISS hoy COLPENSIONES durante todo el tiempo que ha estado como su afiliado, incluidos los gastos de administración; (iii) Si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993; (iv) la procedencia del reconocimiento del retroactivo pensional y; (v) el reconocimiento de la mesada catorce en virtud de la existencia de la pensión compartida.

2.1. Del traslado de régimen

2.1.1.- Deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones

Desde el nacimiento del régimen de ahorro individual, se impuso a las Administradoras de Fondos Pensionales la obligación de suministrar información

necesaria para lograr la mayor transparencia en el proceso de afiliación, como lo estableció el numeral 1°, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, garantizando que la misma se efectúe de manera libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos, de suerte que pueda, a través de elementos de juicio claros, escoger la mejor opción del mercado.

En ese entendido, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que los trabajadores tienen la opción de elegir *libre y voluntariamente* el régimen que más les convenga, expresión que, conforme a lo dicho por el Máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, supone aquel conocimiento que alcanza el afiliado cuando se advierten, de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Sobre el deber de información, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3168-2021, reiteró los diversos pronunciamientos que sobre el punto han sido expuestos por la misma Corporación, así:

“Como ha tenido ocasión de reiterar esta corporación, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Al efecto, la Corte ha considerado, tal como se expuso en decisión CSJ SL12136-2014, «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 allí que:

[...] no podría argüirse 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.

En dicho sentido se ha considerado que la información necesaria refiere a la descripción, características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Sobre este puntual aspecto se memora la providencia CSJ SL1688-2019, rad. 68838, en la que se dijo:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, 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.

[...]

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»”.

En ese entendido, es claro que, para que pueda entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es necesario que el afiliado conozca la incidencia de la acción de traslado frente a los derechos prestacionales, por lo que ha sido una obligación permanente de las administradoras brindar información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, para garantizar que la elección del interesado se ha dado con pleno conocimiento de las consecuencias que de allí se derivan.

2.1.2.- El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado.

Reconocida la importancia que trae para el traslado del régimen el conocimiento del afiliado tanto de las ventajas como desventajas que acarrearán una decisión en tal sentido, resulta diáfano que la sola firma del formulario, así como las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues estas a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no un conocimiento claro de las implicaciones.

La Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia que acaba de citarse, respecto al punto, señaló:

“Ahora bien, el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor -junio de 2000-, no se cumple con la suscripción de un formulario de traslado, en la medida que lo exigido por las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1, artículo 97 Decreto 663 de 1993), mandato que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, que aluda tanto a las ventajas como a las desventajas de los regímenes pensionales.

(...). Sobre el contenido y alcance de la norma en comento, en la ya rememorada decisión CSJ SL1688-2019, rad. 68838, se puntualizó lo siguiente:

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

[...]

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»².

En ese contexto, es dable afirmar que el formulario de afiliación y traslado solo muestra el consentimiento de la persona, pero no, que este fuera informado; es decir, no se supe el deber de información de parte de las administradoras de fondos

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL3168-2021 Radicación n.º 87797 del 21 de julio de 2021.

de pensiones del RAIS a los afiliados, con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, por constituir de suyo, una expresión genérica, que no consulta con la necesidad de que a las personas antes de la concreción del acto jurídico, les sean informadas verdaderamente las incidencias que, respecto a sus prestaciones pensionales puedan tener, para lo cual, es necesario que se cuente adicionalmente con un consentimiento informado. (SL4875-2020 y SL4680-2020).

2.1.3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Lo expuesto hasta este momento, advierte con claridad que cuando se dirime la eficacia del traslado de régimen, resulta indispensable la demostración del consentimiento informado por parte del afiliado, pues solo por su intermedio se genera en el juzgador la convicción de que el contrato de aseguramiento goza de plena validez.

En ese entendido, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal información; y aunque en principio, se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

“Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:

De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

[...]

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional»³.

Así las cosas, como el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, para que el afiliado prevea los riesgos y efectos negativos de esa decisión, es la misma administradora la que tiene la carga probatoria de demostrar el cumplimiento de su deber, como lo impone la Ley.

2.1.4.- De la ineficacia del traslado en el caso en concreto.

Al tenor de los parámetros jurisprudenciales señalados, es claro que la aseveración del afiliado, inherente a la inexistencia de información clara y verídica del traslado, corresponde a una afirmación negación de carácter indefinido, que solo puede ser desvirtuada por el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió con tal obligación, pues no solo está obligada a conservar la documentación soporte del traslado en sus archivos, sino que tiene el deber de demostrar su cumplimiento ante cualquier autoridad que lo exija.

Así, en este evento, la parte demandante afirmó desde el líbello introductorio que la AFP COLFONDOS S.A no le indicó que por ser beneficiario de una pensión compartida no podía vincularse al régimen de ahorro individual, así como tampoco fue informado de manera clara, comprensible y suficiente de las consecuencias de cambio de régimen, incluso así lo indicó el demandante en su interrogatorio:

Al preguntarle sobre el formulario de vinculación suscrito con COLFONDOS S.A en 2008 “en ningún momento, porque supuestamente la empresa de energía, yo salí pensionado con el ISS y hasta esa fecha yo pertenecí al régimen de COLPENSIONES y aparte de eso cuando salimos pensionados la empresa nos dijo no se pueden meter con otro seguro”.

Respecto de la reclamación al fondo por su permanencia indico “no, no sabía porque prácticamente me vine a enterar ahorita el 2 de abril cuando completé mis 62 años fue que me vine a enterar que estaba en ese fondo, nunca estaba enterado”

De la asesoría para vincularse al fondo manifestó “en ningún momento ni escrito ni verbal”

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL4373-2020 Radicación n.º 67556 del 28 de octubre de 2020.

De ahí que, afirmado por el afiliado el incumplimiento de COLFONDOS S.A para dar a conocer las consecuencias del traslado, surgía para esta administradora la obligación inmediata de demostrar que, contrario a lo dicho, sí acató las exigencias inherentes a la información clara y precisa que debía ser comunicada al afiliado; sin embargo, de la prueba documental que obra en el expediente, apenas si se cuenta con el formulario pre impreso de vinculación, documento que, como se dejó debidamente señalado en precedencia, no es suficiente para demostrar que se asesoró al trabajador, de tal forma que no le quedara ninguna duda de los riesgos y ventajas que asumiría con el cambio.

Y es precisamente, ante la omisión probatoria de COLFONDOS S.A, que la funcionaria judicial no tenía otra salida diferente a la de tener por ciertos los señalamientos del señor JAIRO SOSA MERCHÁN, según los cuales nunca se le informó de las consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas respecto a los dos regímenes, no se le entregó la información suficiente y transparente que le permitiera elegir aquella opción que mejor se ajustará a sus intereses, ni se le suministró la asesoría de los efectos que traen consigo el cambio de régimen.

En este punto resulta importante advertir que no es el interrogatorio del demandante el que hace prueba de la falta de información, pues es principio universal del derecho que nadie puede constituir su propia prueba; por el contrario, es la ausencia probatoria de COLFONDOS S.A la que permite considerar verídicos tales señalamientos, pues, como se ha dicho, al invertirse la carga de la prueba, a quien le correspondía demostrar el acatamiento de la Ley era a la Administradora pensional y como ello no ocurrió, debe presumirse que su obligación fue incumplida, como en efecto fue afirmado por el actor.

En ese entendido, ningún yerro puede atribuirse a la decisión del juez de primera instancia, pues lo cierto es que en este caso no se demostró el cumplimiento del deber de información sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, por ende, el mismo se tornaba ineficaz.

2.1.5.- De la devolución de aportes y gastos de administración

Sobre este punto en particular, de antaño, el mismo órgano de cierre tantas veces citado en esta providencia, ha decantado que al declararse la ineficacia del traslado, las cosas deben retornar al estado en que se encontraban antes de que

este acaeciera, es decir, como si el traslado nunca hubiese existido; lo que de sumo implica la obligación de la administradora del fondo pensional a devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones. Así lo ha precisado dicha Corporación:

“Ahora bien, en lo atinente a los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para la Sala consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, tal como se dejó sentado, entre otras, en las decisiones CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, 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.

Bajo la misma línea, en providencia CSJ SL1688-2019, se expresó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos”⁴.

Bajo ese supuesto, la orden de devolución de gastos de administración dispuesta por la juez de primera instancia, se ajusta plenamente a los efectos jurídicos que se derivan de la ineficacia del traslado, y, por ende, la decisión debe ser igualmente confirmada en este punto.

3.- Sobre la pensión de vejez.

En el presente asunto no se discute que el señor JAIRO SOSA MERCHÁN, para el 2 de abril de 2021 cumplió 62 años de edad, requisito indispensable para adquirir

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL3168-2021 Radicación n.º 87797 del 21 de julio de 2021.

el status pensional. Sin embargo, se encuentra en entre dicho el número de semanas cotizadas por el demandante, por cuanto si bien en principio cotizó al régimen de prima media con prestación definida, desde el año 2008 se encuentra cotizando al régimen de ahorro individual con solidaridad y en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado, considera la apoderada de COLPENSIONES, que no se cuentan ni con los recursos ni la historia de cotizaciones del demandante, pues no está válidamente ejecutado el traslado y, en consecuencia, es imposible establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión.

A pesar de ser cierto que a la presentación de la demanda COLPENSIONES no había recibido los aportes correspondientes en virtud de la declaratoria de ineficacia de traslado, no lo es menos que al interior del proceso se allegaron medios de convicción suficientes que permiten acreditar el número de semanas con que cuenta el demandante y, por contera, al juez laboral le es permitido verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para hacerse acreedor al beneficio pensional.

La Ley aplicable con la cual pretende el demandante adquirir su pensión especial de vejez por considerar que cumple los requisitos para tal derecho es la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media con solidaridad, la cual dispone:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

Se reitera el requisito contenido en el numeral 1 del precitado artículo se encuentra satisfecho. Ahora, siguiendo la secuencia de la historia laboral del demandante, a COLPENSIONES, según el informe de semanas actualizado a 8 de abril de 2021⁵

⁵ Archivo digital 03 Demanda Ordinaria Laboral Jairo Sosa Merchán (Juzgado) 31082021.pdf. Pág. 109.

el demandante acumula 689,57 semanas y del reporte de COLFONDOS S.A. se extrae una cotización al 1/10/2021⁶ de 617,29 semanas para un total de 1.306,86 semanas cotizadas en cualquier fondo.

Como se hallan reunidos los presupuestos legales comentados, tendrá derecho a la pensión de jubilación por aportes a partir del 2 de abril de 2021, fecha en la cual cumplió con los presupuestos para ser acreedor de la pensión de vejez, con un IBL calculado según lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para estos casos. En este evento, el promedio de salarios de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento.

Realizada la liquidación, con la correspondiente indexación de cada una de las cotizaciones, sobre los salarios de los cuales se cotizó, tenemos un IBL de \$1.854.297.26, tal y como en efecto lo consideró el juzgado de primera instancia; no obstante, la liquidación efectuada en punto de la tasa de reemplazo no se encuentra ajustada a los parámetros legales, en la medida que el IBL es superior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021.

Para determinar el monto de la pensión de vejez, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 enseña:

ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. (...)

*A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:
El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”

Como el IBL calculado asciende a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2021, fecha de la causación del derecho, aplicado dicho valor a la fórmula descrita, encontramos:

⁶ Archivo digital 11 Contestación DemaNDA COLFONDOS 14102021.pdf. Pág. 11.

$$r = 65.50 - 0.50 (2)$$
$$r = 65.50 - 1$$
$$r = 64.50$$

Así, la tasa de reemplazo aplicable a este asunto es del 64.50%, monto que arrojaría una mesada mensual, para 2021, equivalente a **\$1.196.021**, en consecuencia, la sentencia habrá de ser modificada en este aspecto.

Sobre la liquidación del retroactivo, esta Corporación no efectuará pronunciamiento alguno, en la medida que el mismo debe hacerse en la debida oportunidad procesal por la entidad pensional, atendiendo la fecha de inclusión en nómina. Sin embargo, se advertirá que tal valor habrá de ser indexado al momento en que se efectúe su cancelación.

4.- Sobre el retroactivo pensional.

Sobre la mesada pensional calculada en esta instancia deberá reconocerse el retroactivo hasta la fecha, como se indicó en la primera instancia apelada y consultada.

Empero, como fue motivo de apelación, respecto al retroactivo que ya fue cancelado por parte de EBSA S.A E.S.P., desde abril de 2021 y hasta febrero de 2022, considera el recurrente en este aspecto no se debe generar ninguna obligación a su cargo por el retroactivo del mayor valor que resultó de la pensión ahora reconocida.

En el caso, como consta en las documentales aportadas desde el 6 de marzo de 2003 la empresa reconoció al trabajador pensión anticipada de vejez con efectos desde el 30 de diciembre de 2002 y hasta que se cumplieran los requisitos necesarios para ser acreedor de la pensión legal. Sin embargo, por tratarse de una pensión compartida y para no desproteger los derechos mínimos del extrabajador, como consta en la certificación⁷ emitida por la EBSA S.A E.S.P., la empresa continuó desde el mes de abril de 2021 y hasta febrero de 2022 cancelando la pensión plena a espera del reconocimiento de la pensión y retroactivo patronal por parte de COLPENSIONES.

Colorario de lo anterior, corresponde modificar el numeral cuarto de la referida sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, en el

⁷ Archivo digital 25 CERTIFICACION EBSA 31032022-certificacion JAIRO SOSA MERCHAN. Pdf.

sentido de absolver a la demandada EBSA S.A. E.S.P del pago de retroactivo pensional a partir del reconocimiento de la pensión de vejez mediante sentencia judicial y hasta febrero de 2022, o hasta cuando se haya dejado de cancelar la respectiva mesada pensional. Aclarando que, en adelante, la EBSA debe cancelar las diferencias que resultaren del mayor valor.

En el mismo sentido, habrá de adicionarse la sentencia para que ese pago que fue asumido por la EBSA S.A E.S.P desde el 2 de abril de 2021 y hasta febrero de 2022, o hasta que se haya dejado de cancelar la pensión, sea reembolsado por COLPENSIONES a favor de la empleadora por cuanto ya era una obligación que se encontraba cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones pero que en virtud de la protección de derechos y garantías del ex trabajador fue asumida por quien venia reconociendo la pensión extralegal con anterioridad, como así lo ha indicado la jurisprudencia.

“En el caso de las pensiones compartidas, como fue el empleador quien pagó al trabajador las mesadas que debieron haber sido asumidas por la administradora de pensiones, que son precisamente los dineros reconocidos a título de retroactivos, es al primero y no al segundo a quien le deben ser reembolsados estos montos. Así, la Circular 1 de 2012 expedida por Colpensiones, dispone, en su sección 1.4.3., que:

“El giro de retroactivo en pensiones compartidas procede cuando: (i) Existe una pensión compartida entre un empleador y la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; (ii) el trabajador cumple con los requisitos para ser pensionado por parte de la administradora de pensiones, pero dicho reconocimiento no es inmediato sino que tarda un tiempo para su inclusión en nómina y, (iii) el empleador es el que reconoce las mesadas pensionales en su integridad entre la fecha de cumplimiento de los requisitos pensionales y la inclusión en la nómina de pensionados; el retroactivo que resultare del reconocimiento de la pensión, corresponde al empleador, como quiera que lo que se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del ISS por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo integralmente, por haber operado la subrogación por parte del ISS” (Negritas fuera del texto).

Al resolver un caso en el que un trabajador reclamaba estos retroactivos se pronunció la Corte Suprema de Justicia indicando que:

“En realidad, lo que aquí se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del ISS por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando

ya no está a su cargo íntegramente, por haber operado la subrogación por parte del seguro social” [21].

En este orden de ideas, es pertinente mencionar que, para el pago de estos retroactivos, el empleador debe presentar a la administradora de pensiones una autorización del trabajador para que tales dineros sean girados a la entidad jubilante, es decir, a la compañía que continuó realizando los pagos de las mesadas hasta el reconocimiento de la de vejez. Sin dicha autorización, el pago de los retroactivos no se hace a favor del pensionado sino que queda en suspenso hasta que la justicia ordinaria decida a quien pertenecen tales retroactivos, así lo establece la Circular 502 de 2002 expedida por el Instituto de Seguros Sociales [22].”⁸

5.- Mesada 14

Atendiendo a lo peticionado en la apelación, el apoderado del demandante considera que este tiene derecho al pago de la mesada 14 a cargo de la EBSA S.A E.S.P., por tratarse de una pensión compartida. El cual, según los argumentos de primera instancia fue negado por considerar que como la pensión de vejez legal le fue reconocida con posterioridad al 31 de julio de 2011, no tenía derecho a este emolumento.

En primer lugar, se ha de indicar que la mesada catorce fue creada con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y consagrada en el artículo 142. Posteriormente, se eliminó con el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual ordenó tenerla vigente hasta el 2011 para quienes tuvieran pensión de hasta 3 s.m.l.m.v, y luego de esa fecha ningún pensionado tiene derecho a ser acreedor de la mesada catorce.

Para el caso, la resolución que pensionó al demandante por parte de EBSA S.A E.S.P., fue del 6 de marzo de 2003, fecha en la cual se encontraba vigente ese derecho y que, en vigencia de la decisión de pensión, le fue cancelado hasta adquirir el status pensional de la Ley 100 de 1993 a JAIRO SOSA MERCHÁN sus valores incluida la mesada catorce.

Ahora, posterior al reconocimiento legal que se confirma en esta instancia y que tiene efectos a partir del 2 de abril de 2021, fecha en la cual no se encuentra vigente la mesada catorce, la jurisprudencia indicó:

⁸ Corte Constitucional T-042 de 2016

“Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 9° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos. Ello en el entendido que el derecho se causó con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el mencionado Acto Legislativo, circunstancia que corrobora la documental aportada al plenario.

Razón por la cual, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado, la entidad le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el I.S.S. les reconociera la pensión de vejez, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.”⁹

Y, en un reciente pronunciamiento, también se indicó:

“Pues bien, sobre la mesada adicional de junio o mesada catorce la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que se aplica a todos los pensionados sin excepción, conforme lo previsto en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y si bien a partir del 31 de julio de 2011 dicha prerrogativa fue derogada por el Acto Legislativo 01 de 2005, la conservan quienes perciban pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuyo derecho se causó antes de aquella data. Precisamente, en la sentencia CSJ SL2074-2020 la Corte explicó:

En este punto, es preciso señalar que la mesada adicional de diciembre -mesada 13- fue establecida por el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976, que reguló varios asuntos en materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así:

Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.

Este derecho se conservó en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, pues en él se consagró:

Artículo 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

⁹ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral SL 13254-2015 Radicación No 57534 del 30 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Por su parte, el artículo 142 ibidem determinó el pago de otra mesada adicional en el mes de junio -mesada 14- de cada año:

Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual (expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable).

No obstante, la Corte Constitucional a través de sentencia C-409-1994 declaró la inexecutable de la expresión «actuales» y «cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988», al considerar que trasgredían el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Fundamental. De modo que, conforme lo anterior, el derecho a la mesada adicional de junio contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se extendió a todos los pensionados sin importar la fecha en que se causa y otorga la prestación.

Posteriormente, el inciso 8.º del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que «las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año», salvo que «perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año», conforme lo dispuso el parágrafo 6.º de la misma normativa.

En conclusión, a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue derogada, salvo para los pensionados por vejez, invalidez y sobrevivientes que perciban pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales y cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011, quienes mantendrán el derecho a 14 mesadas. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL2054-2019 la Corte señaló (...).»¹⁰

¹⁰ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral SL 5182-2020 Radicación No 80495 del 2 de diciembre de 2020. Magistrado Ponente Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

Es decir, dado que la pensión reconocida mediante resolución por parte de EBSA S.A E.S.P se dio con anterioridad al 2011 e incluso antes de la emisión del Acto Legislativo 01 de 2005, y cuya cuantía fue inferior a 3 s.m.l.m, es claro que el demandante tiene derecho a su reconocimiento, en la medida que no puede desmejorarse la situación pensional que venía siendo reconocida. En consecuencia, se modificará el numeral cuarto de la sentencia en este aspecto, con el fin de que la EBSA S.A E.S.P., según lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en adelante y desde el mes de junio de 2022, reconozca a JAIRO SOSA MERCHÁN la mesada catorce por concepto de mayor valor y en protección de los derechos adquiridos que venía gozando el demandante.

6.- De la excepción de prescripción

Como el proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta, se impone necesario analizar lo concerniente a la prescripción de la acción, encaminada a la declaratoria de nulidad de traslado entre regímenes pensionales, respecto al cual, la Corte Suprema de Justicia ha decantado su inoperancia, en tanto, este se compadece con la garantía del derecho pensional, que permite la consolidación de un derecho no susceptible de extinción.

“En materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

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 transcurso del tiempo”¹¹.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL2611-2020

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en precedencia, se debe declarar la inoperancia del medio exceptivo de la prescripción, como a bien lo tuvo la A quo. Por tanto, La sentencia consultada, en este aspecto, se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada.

7. – Costas

Como quiera que corrido el traslado propio del Decreto 806 de 2020 únicamente se pronunciaron el demandante y la EBSA en punto exclusivo de los recursos interpuestos por ellas, no hay lugar a condena en costas en la medida que no se suscitó controversia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consulta, el cual quedará así:

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor del señor JAIRO SOSA MERCHÁN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, a partir del día dos (2) de abril de 2021 , con una mesada equivalente a \$1.196.021. La entidad pensional deberá cancelar el retroactivo debidamente indexado, generado desde esa fecha y hasta el momento en que se haga efectiva la inclusión en nómina del pensionado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primer grado, el cual quedara así:

CUARTO: CONDENAR a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A E.S.P. a reconocer y pagar al señor JAIRO SOSA MERCHÁN, a partir del

mes de febrero de 2022, o desde que se haya dejado de cancelar la pensión que venía siendo reconocida, el mayor valor que se presenta entre el monto de la pensión de vejez que debe asumir la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” y el valor de la mesada pensional que venía pagándole al actor la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A E.S.P, así como el valor mayor que para los años subsiguientes se siga causando, incluyendo la mesada 14, esta última a partir del mes de junio de 2022, teniendo en cuenta el reajuste anual de la prestación.

TERCERO: ADICIONAR en la parte resolutive de la sentencia emitida el 18 de abril de 2022

ORDENAR a COLPENSIONES cancelar los retroactivos adeudados a EBSA S.A E.S.P., desde el 02 de abril de 2021 hasta febrero de 2022, o hasta que haya dejado de cancelar la pensión, por el pago de las mesadas pensionales”

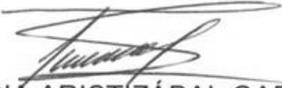
TERCERO: DECLARAR ajustada a derecho y, en consecuencia, **CONFIRMAR** en los demás aspectos la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia por no haber causado.

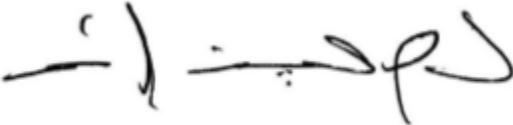
NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado