

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01  
Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE  
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JESÚS DARÍO URREGO OLARTE promoviese contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen que realizó el actor del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A. Como consecuencia de ello se ordene a Porvenir S.A realizar el traslado a Colpensiones de cotizaciones, rendimientos, y semanas cotizadas a dicha entidad.

Subsidiariamente, de la nulidad de traslado solicita que Porvenir S.A asuma una mesada pensional igual o equivalente a la que le hubiere correspondido con Colpensiones.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de información que no le brindó Colfondos S.A al demandante al momento de su traslado, así como en la posterior afiliación que realizó en Porvenir S.A, quien tampoco cumplió con el debido deber de asesoramiento.

## 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que estaba el demandante es una persona con capacidad, por lo que podía efectuar su afiliación a un fondo privado, acto que por demás está revestido de legalidad y se encuentra vigente.

Indicó que, la decisión del accionante fue libre y voluntaria, y ha contado con más de 15 años para realizar su traslado.

Finalmente dijo que, el demandante únicamente podía trasladarse cada cinco años entre regímenes, y cuando le faltaran más de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, lo que no realizó; y que el accionante no es beneficiario del régimen de transición para que le sea aplicada la posibilidad de retorno de que trata la SU-062 de 2010.

**Colfondos S.A** también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que el demandante suscribió de forma libre, espontánea, Y sin presiones formulario de traslado, luego de haber recibido la correspondiente asesoría, lo que permite avizorar su voluntad de traslado.

Enunció que, el accionante no hizo uso de su derecho de retracto; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Finalmente dijo que operó prescripción, dado que, el término para alegar la rescisión del contrato es de cuatro años.

**Porvenir S.A**, de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que brindó la información necesaria para que el accionante efectuara su traslado de régimen, quien suscribió formulario de afiliación de afiliación de forma libre y voluntaria

Señaló que, el actor no se encuentra dentro de las personas a las que se les permitió su retorno a Colpensiones con fundamento en las sentencias C-789 de 2002 SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013 ya que no es beneficiario del régimen de transición; y que el accionante se encuentra incurso en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01

Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

Indicó que, solo fue hasta 2015 que la Superintendencia Financiera de Colombia rindió concepto acerca de la obligatoriedad del deber de información; y que el deber de asesoría e información nació con el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015, los que son anteriores a la fecha de traslado.

Adujo que, en el acto celebrado con el actor no se contrarió una norma imperativa, ni existe causa u objeto ilícito, así como tampoco estuvo inmersa una persona con incapacidad; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Explicó que, no es dable acudir a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia para decidir el caso, en la medida que, por cuanto fueron aprobadas por una precaria mayoría, por demás que el afiliado no era beneficiario del régimen de transición o gozaba de una expectativa legítima.

Finalmente explicó que operó prescripción, dado que la acción de rescisión es de cuatro años, y en materia laboral el término extintivo es de tres.

### 3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO. – DECLARAR** la nulidad de la afiliación del régimen pensional, realizada por el actor a través de Colfondos S.A Pensiones y Cesantías.

**SEGUNDO. - CONDENAR** a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con frutos, intereses, gastos de administración, y a Colpensiones a recibir los mismos, y a que proceda a actualizar la historia laboral del actor.

En síntesis, refirió que, la acción no es susceptible de prescripción, dada su inherencia al derecho a la seguridad social,

Dijo que la carga de probar que se cumplió el deber de información le corresponde a los fondos privados, siendo para el efecto insuficiente el formulario de afiliación allegado,

Agregó que, del interrogatorio de parte no se extrae que se hubiere brindado información al accionante, pues este no tiene ni idea que es el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, creyendo de buena fe que su mesada pensional sería mejor.

Dijo que, en el traslado de Colfondos S.A a Porvenir S.A en octubre de 2004, tampoco se observa que se hubiera brindado una asesoría completa al accionante en los términos aludidos.

Expresó que, desde el Decreto 720 de 1994 ya contenía el deber de información, esto es, casi seis años antes del traslado del accionante; y que cualquier perjuicio compromete la responsabilidad del fondo privado según tal normatividad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01

Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

Señaló que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición para que se declare la ineficacia de traslado.

Finalmente, adujo que no se puede desconocer la realidad latinoamericana en cuanto a que hay un fracaso del régimen de ahorro individual, según informe de la OIT.

#### 4. Argumentos de la Recurrente

##### **Colpensiones**

Expuso que, Colpensiones no tuvo injerencia en la decisión tomada por el accionante, por lo que el traslado objeto de condena descapitalizar el fondo y pone en riesgo las pensiones de los demás afiliados que han cotizado en toda su vida en régimen de prima media, tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional.

Finalmente dijo que, es el fondo privado quien debería reconocer la prestación con los mismos beneficios de estarse en el régimen de prima media, pues fue la que ocasionó el perjuicio.

##### **Porvenir S.A**

Señaló que, en la parte motiva no se hizo referencia a gastos de administración, pero estos fueron incluidos en la resolutive, lo que por demás es desproporcionado, porque a la fecha al accionante se le han cubierto los riesgos de invalidez, vejez, y muerte, por demás que Colfondos S.A también estuvo vinculada, por lo que, ella también debe responder por estos gastos.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y Colpensiones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

### III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia y en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

### IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

#### Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

#### **Ineficacia del traslado**

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 11 de febrero de 2000 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos Pensiones y Cesantías (fl. 122) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008<sup>1</sup>, dijo:

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

---

<sup>1</sup> M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”*

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así mismo, y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

*“(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

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

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

*(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”<sup>2</sup>*

Es por ello por lo que, en estos casos, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

---

<sup>2</sup> SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01

Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 122 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió con Colfondos Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

*“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Urrego Olarte se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (11 de febrero de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado

dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, pues si bien el actor en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de Colfondos Pensiones y Cesantías comentó sobre alguna de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente la posibilidad de pensionarse con una mejor mesada en contraste con el régimen de prima media, esto es insuficiente para tener por confeso al demandante y que se acreditó el pluricitado deber de información en los términos antes mencionados.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un*

*plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello por lo que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, por lo que, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia, pues pese a que en la parte motiva el Juzgador de Primera Instancia señaló que la consecuencia era la ineficacia de traslado, declaró la nulidad.

Ahora bien, en cuanto a la reasesoría que se le brindó al accionante y de la cual da cuenta el formulario visible a folio 152, es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Colfondos Pensiones y Cesantías, de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Frente a los argumentos referentes a la descapitalización del fondo y la afectación al principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01

Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

*afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

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

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar que se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otro lado, en grado jurisdiccional de consulta ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01

Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

*el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Y finalmente en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

*“De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que Colfondos S.A también debe reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración, y a Colpensiones a recibir los mismos.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

*“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

## V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2018-00269 -01

Demandante: JESÚS DARÍO URREGO OLARTE

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

## RESUELVE

**PRIMERO.- MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que se **DECLARA LA INEFICACIA** de la afiliación del régimen pensional, realizada por Jesús Darío Urrego Olarte, a través de Colfondos S.A Pensiones y Cesantías.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

**TERCERO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

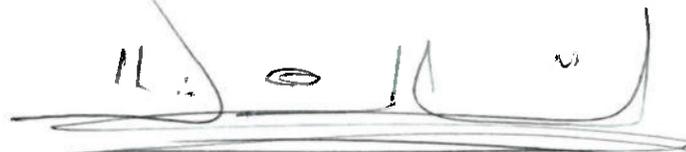
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA  
(Aclaración de Voto)



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER  
(Aclaración de Voto)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00583 -01

Demandante: **HERNANDO GARCÍA PAPAGAYO** a nombre de **MARINA GARCÍA PAPAGAYO**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

**AUTO**

**PRIMERO: RECONOCER** a la sociedad **MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**, como procuradora principal de Colpensiones.

**SEGUNDO: RECONOCER** personería adjetiva como procuradora sustituta a la dra. **LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTÍZ** identificada con la C.C No. 31.486.436, y la T.P No. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte demandada, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **HERNANDO GARCÍA PAPAGAYO** a nombre de **MARINA GARCÍA PAPAGAYO** promoviese contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago del retroactivo de las mesadas del 01 de octubre de 2011 al 30 de septiembre de 2012, con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00583 -01

Demandante: **HERNADO GARCÍA PAPAGAYO a nombre de MARINA GARCÍA PAPAGAYO**

Demandado: **COLPENSIONES**

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida en su calidad de hija mayor en estado de invalidez, empero desde el 16 de noviembre de 2012, cuando debió ser a partir del 29 de septiembre de 2011.

## 2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, principalmente, expuso que la señora María Araminta Papagayo de García fue retirada del sistema el 16 de noviembre de 2012, pese a que falleció el 29 de septiembre de 2011, por lo que, la prestación siempre estuvo dentro del núcleo familiar.

## 3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

**CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a Marina García Papagayo representada por Hernando García Papagayo la suma de \$6'947.644 por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2011 y el 30 de octubre de 2012, junto con los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el día 19 de noviembre de 2014 separadamente mes a mes hasta cuando se produzca el pago de la obligación. La excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

En síntesis, refirió que, la efectividad de la fecha de la pensión de sobrevivientes se sigue del fallecimiento de la señora María Araminta Papagayo de García, que ocurrió el 29 de septiembre de 2011.

Agregó que en la Resolución SUB 87137 de 2017 evidenció la existencia de los valores por pagar con posterioridad al 29 de septiembre de 2011, hay lugar al retroactivo, el cual se liquida con los correspondientes descuentos a salud.

Finalmente indicó que, hay lugar a intereses moratorios desde el 19 de noviembre de 2014, que corresponde a los dos meses de periodo de gracia, contado desde el 19 de septiembre de 2014; y que no operó la excepción de prescripción dado que el reconocimiento pensional data de marzo de 2015 y la demanda se presentó en marzo de 2017.

## 4. Argumentos de la Recurrente

Expuso que, se debe absolver por concepto de intereses moratorios, toda vez que son aplicables únicamente para pensiones reconocidas bajo los postulados de la Ley 100 de 1993 y cuando se presente el incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, lo que no ocurrió en el asunto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00583 -01

Demandante: **HERNADO GARCÍA PAPAGAYO** a nombre de **MARINA GARCÍA PAPAGAYO**

Demandado: **COLPENSIONES**

### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

### III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable reconocer el retroactivo pensional y los intereses moratorios objeto de condena por parte de la Juzgadora de Primera Instancia?

#### Tesis

**Confirmar** la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

#### **Retroactivo**

De conformidad con los artículos 45 a 47 de la Ley 100 de 1993, es dable establecer que la pensión de sobrevivientes se reconozca a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado.

Descendiendo al caso, encontramos a folios 28 a 33 Resolución GNR 76756 de 2015, en la que se reconoció pensión de sobrevivientes a Marina García Papagayo, pensión que le fuere sustituida con ocasión a su estado de hija en situación de invalidez

Demandante: HERNADO GARCÍA PAPAGAYO a nombre de MARINA GARCÍA PAPAGAYO

Demandado: COLPENSIONES

del señor Julio Alberto García Rojas. Igualmente, en dicho acto administrativo se indicó que el fallecimiento del señor Julio Alberto García Rojas acaeció el 05 de abril de 1984, que dicha prestación la disfrutó la señora María Araminta Papagayo, y que la fecha de retiro de la nómina de pensionados de la señora Aramita pese a que falleció el 29 de septiembre de 2011, fue el 16 de noviembre de 2012.

En igual sentido, en la Resoluciones SUB 84137 y SUB 119547 de 2017, contrario a lo que expuso la A quo, fue que “ (...) de la revisión del aplicativo de nómina, se evidencia que existe pendiente por cobrar valores generados con fecha posterior al fallecimiento del asegurado del mes de 201109 al 201210, para lo cual deberá realizar a través del procedimiento de Pago a Beneficiarios, cuyo procedimiento inherente al ÁREA de NÓMINA, mediante solicitud que debe ser radicada en un Punto de Atención de COLPENSIONES PAC (...)” (fls. 49 a 57).

Ahora bien, al punto es necesario traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL4481-2020, quien expuso que un caso de similares características que no es dable condenar al pago de un retroactivo como el que aquí se pretende cuando la accionada de buena fe ha cancelado la prestación, en los porcentajes correspondientes, a los beneficiarios a quienes creyó deberles, pues de lo contrario se estaría frente a una doble carga. Al respecto, citó la sentencia del 12 marzo de 1999, rad. 11326, que reitera la del 25 de julio de 2012, rad 37497, donde se estableció:

*(...) Lo anterior impone la obligación de determinar el momento a partir del cual debe hacerse el reconocimiento pensional a la demandante y la empresa pagarle las mesadas correspondientes, situación frente a la cual la Sala considera que en ningún caso puede ser en fecha anterior a aquella en que hizo la solicitud por primera vez, dado que hasta esa fecha la empresa reconoció y canceló la pensión a quien la reclamó luego de la muerte del pensionado, sin que en esa oportunidad hubiera controversias o disputas sobre la sustitución; por esta misma razón tampoco puede ordenarse el pago en la porción correspondiente a partir de cuándo la demandante hizo la solicitud, porque esta situación en modo alguno significó el nacimiento de una controversia sobre el derecho en razón a las dudas sobre su viabilidad en cabeza de la compañera supérstite, con mayor razón cuando había un derecho firme del que venía disfrutando la menor, el cual no podía ser menoscabado unilateralmente sin que existiera una decisión judicial, a lo que debe agregarse que una es la salida cuando se presentan controversias antes de que asigne la pensión a alguno de los beneficiarios, y otra cuando las mismas surgen con posterioridad a la asignación, que se hizo precisamente por no existir discusión. Para reforzar la solución descrita, se estima pertinente transcribir apartes de lo expuesto por la Sala en sentencia de 12 de marzo de 1999, radicado 11.326:*

*“Conforme a lo resuelto por ésta Sala de la Corte, en sentencia del 2 de noviembre de 1994, cuando fallecido un trabajador y quien o quienes se presentan a reclamar ante el empleador acreditan su calidad de beneficiarios total o parcialmente sin controversia entre ellos, debe procederse a las publicaciones de rigor y, cumplido el término previsto en las normas legales pertinentes, el empleador efectúa “el reparto y pago de los derechos y cumplirá así la obligación, a menos que se trate de una jubilación, pues en este caso sólo procederá, si es el caso, a distribuirla y a empezar su cancelación”. Si después de esto se presentan nuevos beneficiarios el empleador está por completo liberado; los obligados a*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00583 -01

Demandante: **HERNADO GARCÍA PAPAGAYO** a nombre de **MARINA GARCÍA PAPAGAYO**

Demandado: **COLPENSIONES**

*satisfacer las cuotas que les correspondan a los beneficiarios sobrevivientes son aquellos que recibieron los beneficios. Si lo que se pretende es el derecho a pensión “la presencia de nuevos beneficiarios acreditados y no controvertidos autorizará a la empresa para efectuar hacia el futuro una nueva distribución del derecho, pero con referencia a las mesadas causadas y canceladas sólo podrán cobrarse las respectivas cuotas a quienes las percibieron”. En caso de controversia, el litigio debe adelantarse por los beneficiarios sobrevivientes contra los primeros. “Si se trata de una jubilación, ésta se deberá seguir cancelando al beneficiario inicialmente reconocido hasta que mediante decisión judicial u otro mecanismo válido de composición del litigio se decida otra cosa y desde luego el beneficiario inicial deberá responder exclusivamente en lo tocante a lo que haya percibido” (...)*

*“Para que se entienda que hay controversia no basta que se presenten varios beneficiarios, sino que uno o varios de ellos discutan con apoyo en serios fundamentos la exclusividad en el derecho que el otro o los otros reclaman también para sí, siempre y cuando la situación no se halle solucionada claramente por las normas que regulan el reparto que debe hacer el empleador...” (subrayas no son del original).*

Por las anteriores razones, se considera que no hay lugar al retroactivo deprecado ni mucho menos intereses moratorios, más aún se encuentra que las mesadas fueron pagadas a quien se creyó ser el beneficiario.

Corolario de lo anterior, la sentencia se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se **DECLARARÁ LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN**, y en consecuencia se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

#### **IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en ambas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**.

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **DECLARA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN**, y en consecuencia se **ABSUELVE** a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO.** - **Costas** en ambas instancias a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el

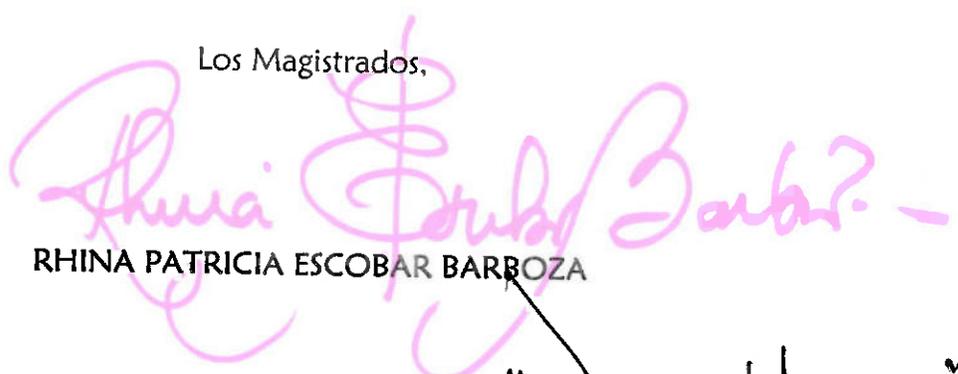
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00583 -01

Demandante: HERNADO GARCÍA PAPAGAYO a nombre de MARINA GARCÍA PAPAGAYO

Demandado: COLPENSIONES

artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

  
DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450,000= a cargo de la parte actora.

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00578 -01

Demandante: JORGE ORLANDO CAÑÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

AUTO

**PRIMERO: RECONOCER** a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., como procuradora principal de Colpensiones.

**SEGUNDO: RECONOCER** personería adjetiva como procuradora sustituta a la dra. MARTHA XIMENA MORALES YAGUE identificada con la C.C No. 1.026.274, y la T.P No. 248.715 del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de Colpensiones, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JORGE ORLANDO CAÑÓN CASTRO promoviese contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que realizó el actor del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A. Como consecuencia de ello se ordene a Porvenir S.A realizar el traslado a Colpensiones de todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, y rendimientos. Igualmente, solicita el pago de perjuicios morales.

Subsidiariamente, de la nulidad o ineficacia de traslado solicita se declare inexistente el acto de traslado del actor del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de información que no le brindó Colfondos S.A al demandante al momento de su traslado, así como en la posterior afiliación que realizó en Porvenir S.A, quien tampoco cumplió con el debido deber de asesoramiento.

## 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias que le podía generar su traslado de régimen, pues esto se encuentra regulado en la legislación nacional.

Indicó que, la Corte Suprema de Justicia únicamente ha autorizado el traslado cuando se está frente a una expectativa legítima de pensionarse, no obstante, para el momento en que se realizó la afiliación del accionante, éste no contaba con una densidad de semanas que permitiera a la administradora tener con certeza cual sería su mesada pensional.

Finalmente señaló que, la simple manifestación de inconformidad del valor de la mesada pensional que tendría en Colpensiones a comparación de la que sería en el fondo privado, por sí sola no constituye prueba, pues se debe acreditar el perjuicio sufrido.

**Colfondos S.A** también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que el demandante suscribió de forma libre, espontánea, y sin presiones formulario de traslado, luego de haber recibido la correspondiente asesoría, lo que se hizo constar al imponer su firma el actor en la casilla correspondiente del formulario expuesto.

Enunció que, en el RAIS es posible acceder a una pensión más alta a la del ISS, o en una edad más temprano, empero ello va a depender de la planeación y del ahorro del afiliado, cotizando constantemente y efectuando aportes voluntarios.

Dijo que, el plazo de rescisión de un contrato es de máximo cuatro años, lo que ya acaeció, dado que, el traslado del actor data de 1999 y demandó en 2018.

Adujo que, en el acto celebrado con el actor no hay concurrencia de objeto, causa ilícita, ni la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben

para el valor de ciertos actos o contratos; que cualquier otra nulidad se saneo por el tiempo, y por cuanto hubo una ratificación tácita de la accionante al realizar cotizaciones que reiteraban su voluntad de permanencia; y que el error en el que pudo incurrir el accionante es de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Finalmente explicó que, los supuestos fácticos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia donde se declaró la ineficacia del traslado no son similares a los hechos de la demanda, pues allí el caso versaba sobre personas beneficiarias del régimen de transición o con expectativas legítimas de pensión; y que la carga de la prueba recae en la parte actora, quien es el que debe probar los supuestos fácticos de su demanda, por demás que la inversión de la misma, se presenta cuando las condiciones de hecho son similares a las de las personas que protegió la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias.

**Porvenir S.A.**, de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que el traslado fue legalmente celebrado suscribiéndose el correspondiente formulario de forma libre y espontánea.

Señaló que, el actor no se encuentra dentro de las personas a las que se les permitió su retorno a Colpensiones con fundamento en las sentencias C-789 de 2002 SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013 ya que no es beneficiario del régimen de transición.

Indicó que, solo fue hasta 2015 que la Superintendencia Financiera de Colombia rindió concepto acerca de la obligatoriedad del deber de información.

Adujo que, en el acto celebrado con el actor no se contrarió una norma imperativa, ni existe causa u objeto ilícito, así como tampoco estuvo inmersa una persona con incapacidad; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no se avizora que se hubiere errado sobre especie del acto o contrato, o la identidad de la cosa específica.

Finalmente explicó que, quien alega un hecho es quien debe probarlo; y que los perjuicios morales solicitados deben estar debidamente demostrados.

### 3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO. – DECLARAR** la ineficacia de la afiliación que hizo el actor a Colfondos S.A, que fue la suscrita el 05 de marzo de 1999

**SEGUNDO. - DECLARAR** que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida

**TERCERO.** - **ORDENAR** a Colfondos S.A a trasladar con destino a Colpensiones las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos de administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta la data que el demandante decidió trasladarse a Porvenir S.A

**CUARTO.** - **ORDENAR** a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, junto con los rendimientos que se hubieran causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual sin realizar deducción alguna, debiendo trasladar también lo correspondiente a gastos de administración

**QUINTO.** - **ORDENAR** a Colpensiones a reactivar la afiliación del actor, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar Porvenir S.A, así como Colfondos S.A.

**QUINTO (sic).** - **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción.

**SEXTO.** - **ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En síntesis, refirió que, en el asunto no está acreditado que Colfondos S.A hubiera informado al accionante las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, sus ventajas o desventajas, pues resulta insuficiente el formulario de afiliación allegado, por cuanto del mismo no se extrae que se efectuara labor de asesoramiento por parte del fondo privado.

Agregó que, del interrogatorio de parte no se extrae que se hubiere brindado información al accionante, pues únicamente expuso que le suministraron los paquetes para firmar y nada más.

Dijo que, en el traslado de Colfondos S.A a Porvenir S.A en octubre de 2004, tampoco se observa que se hubiera brindado una asesoría completa al accionante en los términos aludidos.

Expresó que, lo procedente es declarar la ineficacia del traslado, con el efecto de que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media, por lo que, deberán las demandadas trasladar todos los valores que recibió como consecuencia del traslados del actor, incluyendo gastos de administración.

Finalmente adujo que, el derecho que nos ocupa es el de seguridad social, el cual es de rango constitucional y que por ende es de carácter irrenunciable e imprescriptible; y que los perjuicios morales no se acreditaron.

#### 4. Argumentos de la Recurrente

Expuso que, el demandante no cumple los presupuestos legales para su traslado, por cuanto se encuentra frente a una prohibición legal.

Indicó que de confirmarse la sentencia no se debe condenar en costas, dado que el recurso no se presenta de forma caprichosa y no es como si se llenaran las arcas con los traslados de los afiliados, por demás que la Corte Constitucional ha expuesto que no se puede permitir que un afiliado se traslade en cualquier momento porque esto genera perjuicios a Colpensiones.

Dijo que, el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral ha señalado que ambos regímenes nacen con la Ley 100 de 1993, tienen características propias, permiten que un afiliado se pensione, por demás que, no hay vicios del consentimiento cuando no se tuvo el deber y cuidado que debe tener una persona que celebra un negocio jurídico.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y Colpensiones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

### III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

### IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

### Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

#### **Ineficacia del traslado**

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 05 de marzo de 1999 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos Pensiones y Cesantías (fl. 25) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008<sup>1</sup>, dijo:

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en*

---

<sup>1</sup> M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

*un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00578 -01

Demandante: JORGE ORLANDO CAÑÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”*

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así mismo, y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

*“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

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

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de*

*aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”<sup>2</sup>*

Es por ello por lo que, en estos casos, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del*

---

<sup>2</sup> SL 1688-2019 Radicación No. 68838

*deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 25 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió con Colfondos Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

*“(…) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (…)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Cañón Castro se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de marzo de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, por demás que el actor en su interrogatorio de parte manifestó que únicamente le fue puesto el formulario de afiliación para su firma a fin de que pudiera ingresar a laborar, por lo que no es posible tener por confeso al demandante en el sentido que le fue dada la información en los términos antes mencionados.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese

incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello por lo que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, tal y como lo manifestó el juzgador de primer grado.

Ahora bien, en cuanto a la “reasesoría” que se le brindó al accionante y de la cual da cuenta el formulario visible a folio 211, es de anotar que la misma no supe la obligación primigenia que tenía Colfondos Pensiones y Cesantías, de haberle brindado en el año 1999 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Frente a los argumentos referentes a la descapitalización del fondo y la afectación al principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar que se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00578 -01

Demandante: JORGE ORLANDO CAÑÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otro lado, en grado jurisdiccional de consulta ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00578 -01

Demandante: JORGE ORLANDO CAÑÓN CASTRO

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A

*“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

#### V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

#### VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

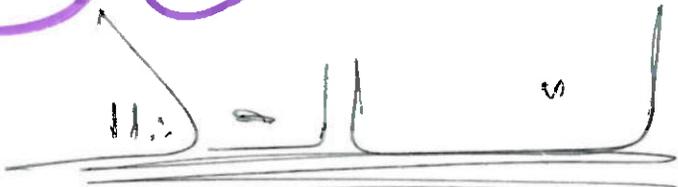
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA  
(Aclaración de Voto)



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER  
(Aclaración de Voto)

Código Único de Identificación: 110013105027201400638 -03

Demandante: EDIHD MILENA YANG RODRÍGUEZ

Demandado: AVIANCA S.A

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que EDITH MILENA YANG RODRÍGUEZ promoviese contra AVIANCA S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare, que entre las partes existió un contrato de trabajo; que era beneficiaria de las convenciones colectivas suscritas por Avianca con Sintrava y Acav en 2002 y 2003, respectivamente; y que no se tuvo como factor salarial los viáticos denominados costo de alojamiento y alimentación. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de las acreencias laborales donde tiene incidencia el factor salarial por costo de alojamiento y alimentación, tales como, salarios, bonificaciones, prima de antigüedad, primas legales y extralegales, cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de vacaciones, horas extras, dominicales y festivos, y aportes a seguridad social, debidamente indexado.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la condición de beneficiaria de la actora de las convenciones colectivas celebradas con Acav y Sintrava, y en la omisión de liquidar prestaciones legales y extralegales incluyendo los viáticos como parte del salario.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo las de prescripción y compensación), expone, en síntesis, que el contrato término de mutuo acuerdo entre las partes por

mutuo acuerdo con la celebración de un contrato de transacción, donde se le declaró a paz y salvo de todas las acreencias legales y extralegales.

Indició que, la contratación con hoteles para el suministro de habitaciones de Avianca S.A es un acto destinado a proporcionar a los trabajadores medios para desempeñar a cabalidad sus funciones, y no como contraprestación del servicio, por demás que, no existe control alguno del uso de tales habitaciones y no hay un pago individual referido a trabajadores determinados.

Agregó que no existe certeza el uso de habitaciones por parte de la actora, por demás que el uso de estas depende del libre albedrío de cada uno de los trabajadores. Además, dichos alquileres son para que los auxiliares de vuelo puedan realizar sus funciones, no ingresan a su patrimonio, y por tal razón no tienen naturaleza de viáticos.

Finalmente indicó que, ha pagado alimentación, prestaciones sociales legales y extralegales de conformidad con la ley y la convención colectiva de trabajo.

### 3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO. - CONDENAR** a la demandada a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones efectuadas a favor de la actora a través de la entidad a la que se encuentre afiliada actualmente, entre el 06 de junio de 2010 y el 20 de marzo de 2015, teniendo en cuenta los costos por alojamiento asumidos por la empresa en hoteles internacionales, conforme al itinerario que obra a folios 637 a 643 del plenario

**SEGUNDO. – DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, pago, correcto pago y liquidación de los viáticos, liquidación y pago de las diferentes acreencias laborales de manera completa y naturaleza no salarial de las habitaciones, compensación y transacción, formuladas por la empresa demandada

En síntesis, refirió que se dio arribar prueba suficiente de la alimentación para proceder a la reliquidación de los aportes en seguridad social, por demás que, la actora reconoció que dicho rubro fue teniendo en cuenta para liquidar sus acreencias laborales y aportes a seguridad social.

Dijo que, la actora estuvo afiliada a la organización sindical ACAV; y que dentro del Acuerdo Convencional suscrito entre Avianca y ACAV, se pactó en la cláusula 19, viáticos internacionales dependiendo del lugar de pernoctación y el tiempo de estadía.

Explicó que, el artículo 130 del C.S.T establece que es salario aquellos viáticos que están destinados a alojamiento de forma frecuente, lo que también es criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que, los alojamientos realizados por la accionante eran habituales por su condición de auxiliar de vuelo, y el itinerario de sus viajes.

Apuntó que, dado que las pruebas allegadas no se puede determinar el valor de los vuelos, cada vez que la actora se hospedo en el exterior para el desempeño de su función, y así cuantificar el monto base de liquidación de las cotizaciones, ordenó a la demandada a reliquidar los aportes teniendo en cuenta los costos por alojamiento asumidos por la demandada en hoteles internacionales, conforme al itinerario que obra a folios 637 a 643.

Señaló que, no operó la excepción de prescripción, dado que los aportes al sistema general de seguridad social no están afectados por tal fenómeno, toda vez que son constitutivos del derecho pensional; misma conclusión a la que hay que arribarse estando frente a una reliquidación de aportes.

Finalmente indicó que, las excepciones de transacción y compensación se declaran no probadas en la medida que, los aportes a pensión no son derechos renunciables, ya fue declarada parcialmente la excepción de cosa juzgada en audiencia de conciliación y trámite, y no pactó sobre el salario real de la accionante.

#### 4. Argumentos de los Recurrentes

##### Parte actora.

Adujo que, la condena debe dirigirse desde el inicio de la relación laboral, 22 de diciembre de 1998, pues la accionante fue beneficiaria de la convención, no solamente por ACAV sino también por SINTRAVA como sindicato gremial.

##### Parte demandada.

Indicó que, conforme los artículos 129 y 141 del C.S.T, y las cláusulas 67 y 110 de la Convención Colectiva de Trabajo, las mismas partes dispusieron lo que salario, sin que se incluyera el alojamiento.

Expresó que, las habitaciones suministradas no son un elemento capaz de enriquecer el patrimonio del trabajador, sino que más bien son una herramienta necesaria para el desarrollo de sus funciones, por lo que no es constitutivo de salario.

Mencionó que, las partes no conciliaron los aportes a seguridad social, pero lo que transaron fue la incidencia salarial de viáticos, por lo que, se debió probar la excepción de cosa juzgada sobre la materia.

Explicó que, las obligaciones aquí requeridas son prescriptibles, pues si no existiera la extinción de los derechos se iría al traste con el Estado Social de Derecho, por demás que, para los aportes a pensión existe una prescripción especial de cinco años, más aún cuando el debate genera en torno a la incidencia salarial de los viáticos.

Finalmente enunció que, se impone una condena sin monto, de unos viáticos que no están probados, porque no existen esos costos, de modo que, en esos términos es imposible cumplir la sentencia; y que, por lo anterior, no era dable imponer condena.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apoderado de la parte actora.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

### III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Son los viáticos por alojamiento salario?, y de ser ello así ¿habría lugar al reajuste de aportes a seguridad social?

#### Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

#### **Cosa juzgada**

En consideración a que en audiencia del 24 de noviembre de 2015 se declaró parcialmente la excepción previa de cosa juzgada, con excepción de lo referente a la incidencia salarial de los viáticos por alojamiento para liquidar los aportes a seguridad social (fls.401 y 402), y que sobre esta decisión esta Corporación ya se pronunció mediante providencia del 03 de mayo de 2016, confirmando la decisión de la *A quo*, la partes deberán atenerse a lo que allí se decidió (fls. 409 y 410).

### Viáticos por alojamiento- Salario

El artículo 130 del C.S.T establece que los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento. Asimismo, que los viáticos accidentales no constituyen salario, esto es, aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 22 de febrero de 2017, Rad. 46224, señala que de la literalidad del artículo 130 del C.S.T, deviene que fue voluntad del legislador distinguir entre viáticos permanentes y accidentales, de manera que, para que el Juez pueda evaluar tales aspectos, debe echar mano de criterios como el funcional, de modo que, debe verificar la labor o actividad que el servidor despliega en beneficio de su empleador, escenario que, es conteste con lo expuesto por la misma Corporación en sentencia del 27 de junio de 2001, Rad. 15568 reiterada el 14 de agosto de 2013, Rad. 43179, providencias en las que señaló que, el criterio de permanencia implica, que los viajes del empleado son inherentes al servicio ordinario de él, ya que no basta, que se trate de un traslado, sino que es necesario que el empleador asigne tareas por un período tan significativo que los viáticos percibidos reúnan las características de habitualidad y frecuencia.

Frente al caso particular, la misma Corporación estudió los pagos que sufragó Avianca S.A en hoteles del exterior y si estos viáticos constituían salario. En efecto, en sentencias como la SL15031-2017, y las de Rads. 36898, 35818 y 34192, así como en las SL10345-2017, SL1753-2018 de las Salas de Descongestión, expuso que la circunstancia de que los contratos suscritos con distintos hoteles en el exterior por virtud del convenio que tenía Avianca S.A, y que permitía a los trabajadores hacer uso de servicios y facilidades ofrecidas, no le resta el carácter salarial, independiente de que la cifra le fuera entregada directamente al trabajador o pagada por la empresa al respectivo hotel, de manera que en estas condiciones, y dada su "permanencia", era razonado considerarlos constitutivos de salario en los términos previstos en el artículo 130 del CST modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990.

Así, no desconoce la Sala que en tratándose de gastos por alojamiento de carácter permanente, es dable tener éstos como salario; habitualidad y frecuencia que está acreditado con el acervo probatorio recolectado, como se verá más adelante, sin embargo, para su cálculo, es necesario individualizar cada uno de los alojamientos, por cuanto si no se tiene la certeza de cada uno de ellos no es posible su liquidación.

No obstante, los documentos contentivos de los alojamientos, se evaluarán con el rigor que establece el artículo 261 del C.G.P, esto es, que para que puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez, en estos dos últimos escenarios, la norma

determina que pueden ser presentados directamente, lo que implica que es a la parte actora a quien le incumbía la labor de acreditar en las condiciones expuestas tales supuesto de hecho, lo que es conteste con lo establecido en el artículo 167 *ejusdem*.

Al punto, se aclara que no obran las traducciones efectuadas a los documentos obrantes a folios 97, 98, 100, 102, 103, 106, 108, 111, 114, 117, 120, 126, 129, 132, 135, 137, 139, 140, 142, 145 a 149, 151, 154, 155, 158, 161, 163, 166, 168, 170, 173, 176, 179, 180, 182, 183, 186, 188, 191, 194, 197, 199, 204, 207, 210, 212, 214, 218, 220, 223, 233, 236, 238, 338 a 360, 378 a 382, y 391 a 399 por lo que, no pueden ser tenidos en cuenta prueba.

Así mismo, sólo se tomarán los hospedajes que tengan soporte en convenios (fls.305, 307 a 337, 361 a 377, 383 a 390), o de los que se puedan deducir los viajes realizados por la accionante al servicio la demandada, así como las que estudiadas íntegramente permitan establecer el nexo entre el hospedaje y la labor desplegada, teniendo en cuenta que, según contrato de trabajo de folios 292 y 293, la actora tenía *efectuaba* funciones de Auxiliar de Vuelo. En tal sentido, resulta insuficiente tomar el itinerario de folios 637 a 643 o del medio óptico de folio 425, pues tales probanzas no permiten extraer si hubo o no pernoctada, y si el hospedaje fue en un hotel que tenía convenio con la demandada, requisitos que son necesarios de cumplir puesto que las tarifas a aplicar son las referentes a las establecidas en el conflicto colectivo entre Avianca y ACAV, y que éstas establecieron en sus respectivas convenciones o actas de acuerdo convencionales, escenario que no puede ser suplido por otro medio.

Al respecto, se aclara que se tuvo sumo cuidado en que los documentos contentivos de los datos de la tripulación y los denominados “información de tripulantes” coincidieran en días de entrada y salida, para tener certeza que la actora se hospedó en el correspondiente hotel al que se hace alusión en el segundo documento en mención, y que el viaje lo hubiese efectuado en condición de su cargo.

De esta manera, en primer lugar, se *determinarán* los documentos que no permiten establecer el nexo entre hospedaje y viajes realizados por la actora en su calidad de trabajadora de Avianca S.A.

Sobre el tópico, se esclarece que, si bien se está frente a una reliquidación de prestaciones periódicas y que por ello operaría la excepción de prescripción, al ser objeto de estudio únicamente la incidencia salarial de los viáticos por alojamiento de los aportes a pensión, al constituir estos el capital con el que se financiará la pensión de la trabajadora, se considera que no se ven afectadas por el fenómeno extintivo, tal y como lo ha dicho la máxima Corporación de la especialidad laboral, sentencias SL2484-2018, y SL1712-2020, en casos de similares connotaciones.

Por tanto, tenemos:

- Información de hoteles descargada de páginas *web*: Folios 241 a 247.

- Documentos que dan cuenta de hospedajes en hoteles, empero, no tienen constancia de que el alojamiento fue con ocasión de los servicios prestados a Avianca S.A: Folios 221, 222, 226 a 232, 234, 235, 237, 239, y 240.
- Bienvenida de hotel, sin constancia que el alojamiento fuera con ocasión de los servicios prestados a Avianca S.A: Folio 136.
- Información para tripulantes para hospedaje, no se logra deducir que la accionante le hubiese sido asignado alojamiento: Folios. 99, 101, 107, 133, 134, 138, 141, 150, 162, 167, 169, 177, 178, 181, 187, 195, 198, 211, 213, 215, y 219.
- Documento que no es legible la fecha de llegada ni de salida, así como tampoco si hubo o no pernoctada: Folio 196.

Por otra parte, tenemos los documentos que sí permiten identificar los viajes de la actora al servicio de Avianca S.A, con sus correspondientes alojamientos, aclarando que se contabilizó más de 12 horas en cada hotel cuando existe constancia de la hora de llegada y salida de la actora del correspondiente alojamiento, por manera que, sobre los que no cumplen con tal requerimiento, se tomó que el hospedaje fue menor de 12 horas, en virtud del principio *minus petita*. así:

		HOTEL	LUGAR	N ° HORAS	FOLIOS
19/05/2012	21/05/2012	Diagonal Zero	Europa	> 12 H	104 y 105
26/05/2012	28/05/2012	Delfines Hotel y Casino	Otros	> 12 H	109 y 110
01/07/2012	03/07/2012	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	112 y 113
06/07/2012	07/07/2012	Courtyard New York La Guardia Airport	Otros	> 12 H	115 y 116
25/07/2012	26/07/2012	Meliá Castilla	Europa	< 12 H	118 y 119
06/08/2012	07/08/2012	Meliá Castilla	Europa	< 12 H	121 y 122
18/08/2012	19/08/2012	Atton Vitacura	Otros	< 12 H	123 a 125
21/08/2012	23/08/2012	Diagonal Zero	Europa	> 12 H	127 y 128
11/09/2012	13/09/2012	Diagonal Zero	Europa	> 12 H	130 y 131
23/10/2012	24/10/2012	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	143 y 144
22/11/2012	23/11/2012	Diagonal Zero	Europa	> 12 H	152 y 153
14/12/2012	16/12/2012	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	156 y 157
11/01/2013	13/01/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	159 y 160
30/01/2013	01/02/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	164 y 165
10/02/2013	12/02/2013	Courtyard New York La Guardia Airport	Otros	> 12 H	171 y 172
22/02/2013	23/02/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	174 y 175
23/03/2013	24/03/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	184 y 185
10/04/2013	11/04/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	189 y 190
18/04/2013	20/04/2013	Delfines Hotel y Casino	Otros	> 12 H	192 y 193
02/05/2013	04/05/2013	Delfines Hotel y Casino	Otros	> 12 H	200 y 201
10/05/2013	11/05/2013	Courtyard New York La Guardia Airport	Otros	> 12 H	202 y 203
13/05/2013	15/05/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	205 y 206
09/06/2013	11/06/2013	Meliá Castilla	Europa	> 12 H	208 y 209
29/11/2013	30/11/2013	Courtyard New York La Guardia Airport	Otros	> 12 H	216 y 217
26/10/2012	28/10/2012	Delfines Hotel y Casino	Otros	> 12 H	224 y 225

De esta manera, se efectuará el correspondiente reajuste salarial, debido a la permanencia y habitualidad de los alojamientos, y en tal sentido, se hará la correspondiente liquidación con fundamento con los que se acreditaron en juicio, no siendo posible tener los de la totalidad de la relación laboral como lo pretende la parte actora, en la medida que, no se demostró su causación por todo este periodo.

#### REAJUSTE SALARIAL

Al punto, la Sala debe remitirse a la Convención Colectiva 2002-2004 con su correspondiente acta convencional, la que fue allegada con su correspondiente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2014-00638 -03

Demandante: EDIHD MILENA YANG RODRÍGUEZ

Demandado: AVIANCA S.A

depósito, y fue celebrada por la demandada entre Avianca S.A y la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo -ACAV (fls. 41 a 96), organización sindical a la que pertenece la actora desde el 02 de febrero de 1988 según certificación visible a folio 248.

Ahora bien, en dicha convención se determinó en la cláusula 19:

#### **"CLAUSULA 19**

##### ***Viáticos Auxiliares de Vuelo***

*En los casos de pernoctadas la Empresa pagará el hotel asegurado habitación privada para cada Auxiliar en un lugar de primera categoría, suministrando el transporte correspondiente.*

*A partir de la firma de la presente Convención la Empresa pagará a sus Auxiliares de Vuelo de acuerdo a la programación de los vuelos que se efectúen, por permanencia mayor de doce (12) horas y hasta veinticuatro (24) horas veintiséis mil ochocientos catorce pesos (\$26.814). Por permanencia de doce (12) horas que incluya un periodo de descanso, trece mil seiscientos ochenta y dos pesos (\$13.682).*

*El 1o. de julio de 2003 estos valores se incrementarán en un porcentaje igual a la variación del índice de precios al consumidor (IPC NACIONAL) (DANE o entidad oficial que la sustituya), entre el 1o. de julio de 2002 y el 30 de junio de 2003.*

*A los Auxiliares trasladados temporalmente fuera de su base, les reconocerá viáticos en la misma forma que lo hace a tripulantes que pernocten en vuelo de itinerario.*

##### ***Viáticos en el exterior:***

*En los casos de pernoctada, la Empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada Tripulante de Cabina de Pasajeros, en un lugar de primera categoría, o en su defecto, cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus Auxiliares el valor pagado por éstos por concepto de habitación.*

*La Empresa pagará a sus Auxiliares de Vuelo, las siguientes cantidades de acuerdo con los vuelos programados y efectuados.*

*Por permanencia mayor de doce (12) horas y hasta veinticuatro (24) horas:*

*US \$69.00 en Europa*

*US \$64.00 en otros países.*

*Por permanencia menor de doce (12) horas que se incluya en un período de descanso:*

*US \$41.00 en Europa*

*US \$39.00 en otros países*

*Por Turn Around en vuelo de pasajeros y/o carga: US \$14.00*

*Los valores anteriores se acuerdan para la vigencia de la Convención.*

*Estas normas se refieren a permanencia en el exterior originadas en viajes efectuados como Auxiliares de Vuelo efectivos, tripadis o pasajeros al servicio de la Empresa. En el caso de traslados temporales, se aplicarán las normas administrativas de la Compañía.*

**Parágrafo:**

*El pago de viáticos se hará teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. Por ningún motivo se liquidará ni pagará una suma inferior a la programada originalmente excepto en los siguientes casos:*
  - a. En caso de regreso antes de llegar a su destino, sustituto o alterno, luego de haber aterrizado en territorio extranjero, se pagará solamente por permanencia real o por el descanso reglamentario, reconociéndose la suma que sea mayor.*
  - b. Cuando la permanencia se disminuya a solicitud del Auxiliar de Vuelo.*
- 2. Se pagará de acuerdo con la permanencia del Auxiliar de Vuelo fuera de la Base si este fuera mayor de la programada."*

Del mismo modo, debe advertirse que para realizar el correspondiente reajuste salarial, es necesario tener en cuenta que para convertir dólares a pesos, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL2575-2015 y SL4975-2018 ha expuesto que no es necesario indexar los salarios percibidos, toda vez que el dólar conserva mejor su capacidad adquisitiva y no se devalúa en la misma magnitud que el peso de nuestra economía, caracterizada por ser altamente inflacionaria, se tomará como tasa de representativa del mercado, la del último mes laborado, 20 de marzo de 2015, la que se extrae de la página web del Banco de la República, y en consecuencia se realizará la conversión con dicho valor.

Así las cosas, tenemos que por concepto de viáticos por alojamiento se percibieron los siguientes valores adicionales:

Viáticos por alojamiento			
may-12	\$347.579,64	ene-13	\$180.323,22
jul-12	\$389.393,62	feb-13	\$454.728,12
ago-12	\$389.393,62	mar-13	\$107.148,58
sep-12	\$180.323,22	abr-13	\$274.404,90
oct-12	\$287.471,80	may-13	\$449.501,36
nov-12	\$107.148,58	jun-13	\$180.323,22
dic-12	\$180.323,22	nov-13	\$101.921,82

Así las cosas, se deberán adicionar los anteriores valores al reporte de semanas visible a folios 429 a 435, en los periodos que allí se indican. En consecuencia, se MODIFICARÁ el numeral primero en tal sentido. En lo demás, se confirmará la sentencia impugnada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2014-00638 -03

Demandante: EDIHD MILENA YANG RODRÍGUEZ

Demandado: AVIANCA S.A

#### IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte actora.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

#### RESUELVE

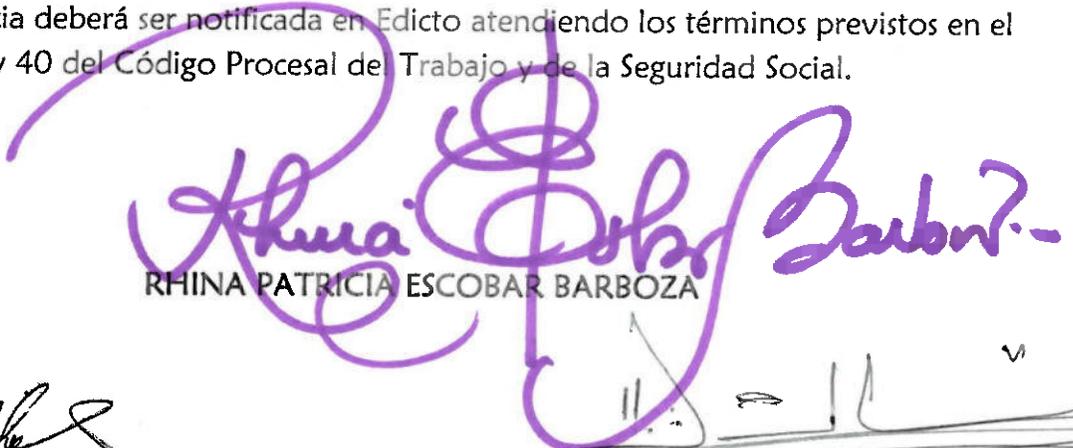
PRIMERO. - MODIFICAR el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que Avianca S.A, en adición al valor que ya sufragó por concepto de seguridad social en pensiones, deberá pagar a favor de la señora Edihd Milena Yang Rodríguez en los siguientes periodos, los valores que se establecen a continuación:

may-12	\$347.579,64	ene-13	\$180.323,22
jul-12	\$389.393,62	feb-13	\$454.728,12
ago-12	\$389.393,62	mar-13	\$107.148,58
sep-12	\$180.323,22	abr-13	\$274.404,90
oct-12	\$287.471,80	may-13	\$449.501,36
nov-12	\$107.148,58	jun-13	\$180.323,22
dic-12	\$180.323,22	nov-13	\$101.921,82

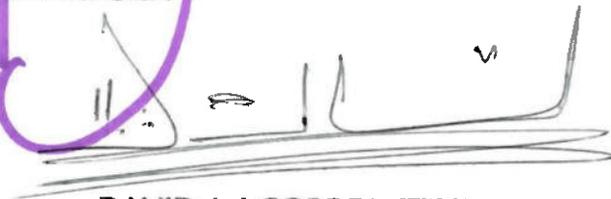
SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin Costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

  
DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 110013105031201600442 -01

Demandante: ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE YARUMAL

Demandado: LA NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE YARUMAL promoviese contra la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende que la demandada pague por concepto de servicios médicos quirúrgicos prestados a víctimas de eventos catastróficos o accidentes de tránsito la suma de \$11'195.306, debidamente indexada, junto con los correspondientes intereses moratorios.

Se edifica el documento introductor de forma principal, en el suministro por parte de la entidad accionante de servicios médicos a múltiples usuarios por eventos de accidente de tránsito y/o explosiones terroristas.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso, en síntesis, que con la expedición del Decreto 2562 de 2015, el reconocimiento que aquí se deprecia estaría a cargo de la ADRES.

Mediante auto del 21 de agosto de 2018 se dispuso, tener como litisconsorte necesario a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social-ADRES**, quien de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, expuso, en síntesis, que hay lugar al reconocimiento y pago de servicios de salud a personas víctimas de accidentes de tránsito no cubiertos con póliza SOAT, eventos catastróficos y terroristas, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el Decreto 3990 de 2007, en el que se establece que no debe existir duda acerca de la obligación a desembolsar junto con todos los soportes.

Finalmente señaló que, la simple factura no es suficiente para acreditar el derecho al pago, ni mucho menos comprende una obligación clara, expresa y exigible en cabeza de la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social; y que la entidad accionante tenía el término de un año a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento para elevar su reclamación.

A través de auto del 30 de noviembre de 2018, la Juez de Primera Instancia ordenó vincular a la Fiduprevisora S.A y Fiducoldex, como integrantes del Consorcio SAYP 2011, así como a Servis SAS, Grupo ASD SAS, y a Carvajal Tecnología y Servicios SAS como integrantes del Consorcio Unión Temporal FOSYGA 2014.

El **Consorcio SAYP 2011** de también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), expuso, en síntesis, que el encargo fiduciario n° 467 de 2011 con el Ministerio de Salud y Protección Social finalizó el 31 de julio de 2017; y que con la expedición de la Ley 1753 de 2015 la solicitud que se depreca quedó en cabeza de la ADRES, quien entró a operar el 01 de agosto de 2017.

Por su parte, la **Unión Temporal FOSYGA 2014** asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), expuso, en síntesis, que las obligaciones que son reclamadas, de prosperar estarían en cabeza de la ADRES.

Finalmente dijo que, el pago es una actividad que nunca estuvo a cargo de la unión temporal, quien lo efectuaba era el Consorcio SAYP 2011, obligaciones que hoy recaen únicamente en cabeza de la ADRES, y no de una pluralidad de sujetos; y que por lo anterior, no es posible declarar una solidaridad.

### 3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO.** - **CONDENAR** a la ADRES a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$3'912.784

**(...) TERCERO.** - **ABSOLVER** de las demás pretensiones incoadas por la demandante a la ADRES.

**CUARTO. – ABSOLVER** de las demás pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas Unión Temporal FOSYGA 2014, Consorcio SYAP 2011, y La Nación- Ministerio de Salud y Protección Social

En síntesis, refirió que, conforme a la normatividad, los eventos catastróficos, acciones terroristas, y accidentes de tránsito de vehículos que no se logran identificar, le corresponden al FOSYGA.

Expuso que, los accidentes de tránsito que se recobran fueron efectuados por vehículos fantasmas.

Apuntó que, todas las facturas fueron radicadas el 03 de abril de 2013, operando prescripción frente a las que siguientes: 104279, 104283, 113220, y 114302.

Señaló que en la relación con las facturas 104114, 104115, 104116, 104280, 104285, y 105859, procedería el recobro; y en lo que respecta a la factura 104282 procedería de manera parcial el recobro, toda vez que se está incluyendo un transporte y sobre él no se allega formulario FURTRAN.

Agregó que, con la factura 137500 no se acreditó la condición de víctima, con la 113217 no se allegó epicrisis, y con la 108120 no se tuvo claridad acerca del monto total del servicio, por lo que, no era posible ordenar su pago.

Adujo que, no hay a intereses moratorios, ya que, el inciso 4º del artículo 7 Decreto 1281 de 2002 establece un término de seis meses para presentar la reclamación para que se puedan imponer, empero en el caso se presentó el 03 de abril de 2013, cuando ya estaba vencido el término.

Finalmente explicó que, es la ADRES quien debe realizar los pagos de los recobros objeto de condena, pues hace parte de sus funciones, según el Decreto 1426 de 2016; y que, por lo anterior, se debe absolver a las demás demandadas.

#### 4. Argumentos de la Recurrente

Adujo que, de los documentos allegados a juicio se logra evidenciar el incumplimiento de los requisitos de la IPS para efectuar el recobro de los servicios, pues fue ello, lo que tuvo resultado la aplicación de una glosa.

Indicó que, la IPS debía agotar el trámite del Decreto 3990 de 2007, en el que se establecía el correspondiente procedimiento, así como unos plazos para reclamar ante el ente auditor, que era de seis meses; y que ni siquiera la IPS agotó los mecanismos excepcionales, para solicitar el pago de las facturas.

Señaló que, en el Decreto 1281 de 2002 se establece que los recursos tienen una destinación determinada, por lo que la condena pone en riesgos la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud.

Finiquita expresando que, no se deberían condenar en costas y agencias en derecho dado que, no ha actuado conforme a la normatividad vigente y no ha incumplido sus obligaciones.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 29 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados de la ADRES y de la Unión Temporal FOSYGA 2014.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es la ADRES, se verificarán las condenas impuestas.

### III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de los servicios prestados por la ESE demandante a cargo de la demandada?

#### Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

#### **Recobros a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito**

El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó que, en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas y en catástrofes naturales, los afiliados al sistema de salud tienen derecho a los servicios médico- quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial.

Para el caso de los accidentes de tránsito, se previó que el cubrimiento de los servicios médicos quirúrgicos y demás prestaciones quedan a cargo de las aseguradoras del seguro obligatorio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito. En relación con los demás eventos catastróficos, los costos serían asumidos con cargo a esta subcuenta del FOSYGA, que desde ya debe entenderse que con la expedición de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1429 de 2016, está referida la Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, quien es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA, y que en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la última normatividad, debe entenderse que se refiere a ella:

*“Artículo 31. Referencias normativas. A partir de la fecha en la cual la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), asuma la administración de los recursos del sistema, cualquier referencia hecha en la normatividad al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a las subcuentas que lo conforman o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entenderá a nombre de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)”.*

Ahora bien, encuentra la Sala que la Juzgadora de Primera Instancia impartió condena por las facturas 104114, 104115, 104116, 104280, 104285, 104286, 105859, y parcialmente por la 104282, aclarando que la 104286 no se indicó expresamente en la parte motiva como objeto de pago, tampoco se indicó que tuviera algún tipo de deficiencia o estuviera prescrita, por demás que con su inclusión el valor resultante es exactamente el que fue objeto de condena por la *A quo* y fue agregada en la liquidación de folio 784.

N °	N ° radicado	Clasificación del servicio entregado	Valor de recobro	Causal de la glosa	Folios
1	104114	Gastos médicos quirúrgicos por Accidente de tránsito- vehículo fantasma	\$130.861	Extemporaneidad	Fls. 31 a 38 y CD (fl.760)
2	104115	Gastos médicos quirúrgicos por Accidente de tránsito- vehículo fantasma	\$70.780	Extemporaneidad	Fls. 39 a 45 y CD (fl.760)
3	104116	Gastos médicos quirúrgicos por Accidente de tránsito- vehículo fantasma	\$71.305	Extemporaneidad	Fls. 46 a 51 y CD (fl.760)
4	104280	Gastos médico quirúrgicos por Explosión	\$201.905	Extemporaneidad	Fls. 67 a 76 y CD (fl.760)
5	104282	Gastos médico quirúrgicos por Explosión	\$326.448	Extemporaneidad	Fls. 77 a 93 y CD (fl.760)
6	104285	Gastos médico quirúrgicos por Explosión	\$895.913	Extemporaneidad	Fls. 94 a 106 y CD (fl.760)
7	104286	Gastos médico quirúrgicos por Mina antipersonal	\$2'194.172	Extemporaneidad	Fls. 107 a 122 y CD (fl.760)
8	105859	Gastos médicos quirúrgicos por Accidente de tránsito- vehículo fantasma	\$21.400	Extemporaneidad	Fls. 123 a 127 y CD (fl.760)
Total			\$3'912.784		

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario remitirse al artículo 2 del Decreto 3990 de 2007 (norma vigente para la época de los siniestros), que establece:

**“ARTÍCULO 2o. BENEFICIOS.** *Las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito ocurridos dentro del territorio nacional, tendrán derecho a los servicios y prestaciones establecidos en el artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que lo adicionen o modifiquen, bien sea con cargo a la entidad aseguradora que hubiere expedido el SOAT, respecto de los daños causados por el vehículo automotor asegurado y descrito en la carátula de la póliza, o con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga, para las víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados; también con cargo a la subcuenta ECAT contarán con dicho derecho las víctimas de eventos terroristas y catastróficos, así:*

*1. Servicios médico-quirúrgicos. En el caso de accidentes de tránsito la compañía de seguros y la subcuenta ECAT de Fosyga, en los casos de vehículos no asegurados o no identificados, reconocerán una indemnización máxima de quinientos (500) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del accidente. En caso de víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, una vez agotado el límite de cobertura anterior, la subcuenta ECAT del Fosyga asumirá, por una sola vez, una reclamación adicional, previa acreditación del agotamiento de la cobertura inicial, por los excedentes de los gastos anotados, hasta por un valor máximo equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento del accidente, previa presentación de la correspondiente reclamación.*

*Tratándose de víctimas de eventos terroristas o catástrofes naturales, el valor de la indemnización será hasta por ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del evento. Sin embargo, la entidad administradora del Fosyga está en la obligación de contratar un seguro para garantizar una cobertura superior a la anotada en el inciso anterior a las víctimas que requieran asistencia por encima de dicho tope, o constituir una reserva especial para cubrir estas eventualidades.*

*Tales servicios comprenden:*

- a) Atención inicial de urgencias y atención de urgencias;*
- b) Hospitalización;*
- c) Suministro de material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis;*
- d) Suministro de medicamentos;*
- e) Tratamientos y procedimientos quirúrgicos;*
- f) Servicios de diagnóstico;*
- g) Rehabilitación, por una duración máxima de seis (6) meses, salvo lo previsto en el presente decreto respecto del suministro de prótesis.*

*Las cuentas de atención de los servicios médico-quirúrgicos en el caso de los accidentes de tránsito, que excedan el tope adicional de trescientos (300) salarios mínimos legales diarios vigentes, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo o del régimen subsidiado en los términos de su respectivo plan de beneficios a la cual está afiliada la persona o por las Administradoras de Riesgos Profesionales cuando se trate de accidentes de tránsito, calificados como accidentes de trabajo (...).”*

Así mismo, el artículo 3° *ejusdem* establece en relación con los servicios médico-quirúrgicos en los eventos catastróficos, actos terroristas, y accidente de tránsito no

cubiertos por una aseguradora, que es legitimado para reclamar la Institución Prestadora de Servicios de Salud- IPS, que prestó tales servicios, quien por demás es beneficiario según la misma normatividad.

De igual manera, el artículo 4 *ejusdem* determina que, las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a las prestaciones amparadas, deberán acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere; dicha reclamación estará conformada por los formularios adoptados por el Ministerio de la Protección Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, en original o copia auténtica, según el caso, y que para los servicios médicos quirúrgicos son los siguientes:

*“a) Original del certificado de atención médica de acuerdo con el formato que para el afecto adopte el Ministerio de la Protección Social, que debe incluir cuando menos los nombres y documento de identificación tanto de la víctima como del médico tratante, fecha de nacimiento de la víctima, fecha y hora de atención, y descripción de los hallazgos clínicos por medio de los cuales el médico que atendió la urgencia dedujo que la causa de los daños sufridos por la persona fue un accidente de tránsito, un evento catastrófico o terrorista. Esta última constancia deberá siempre estar suscrita por el médico tratante y, para los accidentes de tránsito, se acompañará de certificación expedida por la autoridad de tránsito o policía competente o en su defecto fotocopia del croquis del accidente, expedida por la autoridad de tránsito o la correspondiente denuncia de la ocurrencia del evento ante las autoridades competentes;*

*b) Copia original de la denuncia penal de ocurrencia del accidente de tránsito presentada por cualquier persona ante autoridad competente, cuando el hecho haya sido ocasionado voluntariamente o por manipulación criminal y sea posible la identificación del responsable;*

*c) Original de la factura emitida por la IPS en la que consten los servicios prestados, en la cual obren discriminados los conceptos cobrados y la tarifa correspondiente de conformidad con la prevista en el Decreto 2423 de 1996 o normas que lo sustituyan o modifiquen, la factura incluirá aquellos servicios prestados por otra IPS, en virtud de la utilización de los esquemas de referencia y contrarreferencia, los cuales se soportarán con la constancia de pago de los mismos por parte de la IPS que está facturando a la aseguradora o a la subcuenta ECAT de Fosyga.*

*Tratándose de la cobertura adicional por cuenta de la Subcuenta ECAT de Fosyga, para víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, la factura será fotocopia auténtica y se acompañará de certificación sobre el agotamiento de la cobertura del SOAT.*

*Las reclamaciones presentadas por la IPS a la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuyo monto respecto de cada víctima resulte inferior a un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente, se tramitarán de manera conjunta, por períodos mensuales, en el formato que se adopte para el efecto”.*

Los anteriores requisitos se encuentran debidamente acreditados tal y como se puede observar en las documentales de folios 31 a 51, y 67 a 127, pues fueron

allegadas los correspondientes formatos FURIPS (Formulario Único de Reclamación por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en atención a los servicios prestados a víctimas de accidentes de tránsito y eventos terroristas o catastróficos), facturas de venta, los certificados de atención médica, y la denuncia penal, junto con los respectivos soportes de los servicios médico- quirúrgicos.

### Extemporaneidad de los recobros

El término extemporaneidad de los fue incluido en el Manual de Auditoría Integral de Recobros por Tecnologías en Salud No Incluidas en el Plan de Beneficios, definiéndolo como *"la inoportunidad en la presentación de las solicitudes de recobro por parte de las entidades recobrantes al no adelantar las etapas de pre- radicación y radicación ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto"*.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el artículo 7° de la Ley 1281 de 2002 (norma vigente para la época de los hechos) establece que las facturas ante el FOSYGA, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. No obstante, establece que vencido este término no habrá reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, por lo que, no trae como consecuencia la falta de reconocimiento del derecho.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004 señaló:

*"Cabe aclarar i) que con el artículo acusado no se está desconociendo la existencia de las obligaciones a cargo del Fosyga pasados los seis meses a que él alude; la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa, y ii) que el término de seis meses a que alude el artículo acusado ha de contarse lógicamente a partir del momento en que la persona o entidad que debe realizar la reclamación está efectivamente en posibilidad de hacerla ante el Fosyga"*.

Por tanto, es claro que el término expuesto en el artículo 7° de la Ley 1281 de 2007 no genera la extinción del derecho. En cuanto, al agotamiento de los mecanismos excepcionales para agotar el cobro de las facturas, fue hasta el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 avaló la posibilidad de reconocer que habían sido rechazados como glosa única extemporánea, con la condición de que no hubiese operado la caducidad de la acción legal, no obstante, dicho proceder no es un requisito de procedibilidad, por lo que, el demandante si consideró que debía demandar, podía hacerlo sin el agotamiento de tal oportunidad.

### Prescripción

Teniendo en cuenta que el caso fue asignado a la especialidad laboral por mandato del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Disciplinaria, tal y como da cuenta el auto del 20 de febrero de 2018 (fl.250), las norma que imperan en el asunto son las de la materia, esto es, el 151 del C.P.T y de la S.S, que señala un término de tres años desde que la obligación se hizo exigible. Al respecto, en sentencia del 22 de

mayo de 2019 proferida por esta Sala del Tribunal Superior de Bogotá, M.P. David A.J Correa Steer, Rad. 1100131005004201500475-02, se dijo:

*“En este orden ideas, se concluye de los descrito precedentemente, que el recobro fue presentado luego del término de los seis meses, empero ello no es óbice para exonerar al ente Ministerial de sus obligaciones, pues entiende la Sala que la disposición establece es la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa, pues se reitera nuestro Código de Procedimiento prevé un término trienal, el cual se podrá interrumpir con el simple reclamo efectuado por el trabajador o la entidad de seguridad social”.*

En igual sentido, y en gracia de discusión, y dado que al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala Plena el 23 de marzo del 2017, Exp. 110010230000201600178-00, reiterado el 25 de mayo del mismo año, Exp. 110010230000201600260-00, el caso versa sobre facturas y sería competencia de la especialidad civil, y en este caso por cuanto se demanda un ente público la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (mirar providencia del 12 de abril de 2018, APL1531-2018, Exp. 110010230000201700200-01), la conclusión a la que se arribaría sería exactamente la misma, esto es, que el término de prescripción es de tres años. Lo dicho, por cuanto en pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

*“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.*

*En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:*

*Art. 772 3. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.*

*No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.*

*Art. 779 4. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.*

*Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.*

*Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.*

*En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:*

*“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:*

*El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma*

*codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.*

*El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.*

*No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".*

*De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.*

*Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.*

*Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS..."*

*La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.*

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas".*

*En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".*

*En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley y que prescriben en tres años.»*

Así las cosas, no operó el fenómeno prescriptivo, dado que entre la fecha de exigibilidad del recobro y la fecha de su radicación no transcurrieron más de los tres años en mención, así como tampoco entre la fecha de devolución de la factura y la presentación de la demanda, según el cuadro que se avizora a continuación:

N °	N ° radicado	Fecha de exigibilidad	Fecha de radicación	Fecha de devolución	Fecha de demanda	Folios
1	104114	13/09/2011	01/04/2013	03/03/2014	29/08/2016	Fls. 31 a 38 y CD (fl.760)
2	104115	15/09/2011	01/04/2013	03/03/2014	29/08/2016	Fls. 39 a 45 y CD (fl.760)
3	104116	16/10/2011	01/04/2013	03/03/2014	29/08/2016	Fls. 46 a 51 y CD (fl.760)
4	104280	18/06/2011	01/04/2013	03/03/2014	29/08/2016	Fls. 67 a 76 y CD (fl.760)
5	104282	18/06/2011	01/04/2013	28/12/2014	29/08/2016	Fls. 77 a 93 y CD (fl.760)
6	104285	18/06/2011	01/04/2013	03/03/2014	29/08/2016	Fls. 94 a 106 y CD (fl.760)
7	104286	11/05/2011	01/04/2013	12/05/2014	29/08/2016	Fls. 107 a 122 y CD (fl.760)
8	105859	01/09/2011	01/04/2013	03/03/2014	29/08/2016	Fls. 123 a 127 y CD (fl.760)

### Sostenibilidad financiera

El artículo 3 de la Ley 1281 de 2011 establece que, *“las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de los recursos del mismo”*.

Lo anterior, es un desarrollo del artículo 48 constitucional que consagra *“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”*. No obstante, no considera la Sala que con la decisión que se adopta se afecte el principio de la sostenibilidad financiera, como quiera que, el Decreto 3099 de 2007 (artículos 11 y 12) establece que los recursos de la Subcuenta de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, ECAT, del Fondo de Solidaridad Y Garantía, FOSYGA, tienen una destinación específica para cubrir riesgos como el que aquí se cobran, aclarando nuevamente que, en caso de que resulten extemporáneos la sanción es la pérdida de intereses y/o sanciones pecuniarias.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

### Costas y agencias en derecho

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la ADRES, es tal entidad quien debe asumir tal carga.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento por considerar que no es la oportunidad procesal para tal efecto, pues no estamos aún frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en

derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del CPT y de la SS, y el artículo 366 del CGP.

#### IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, ADRES.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES.

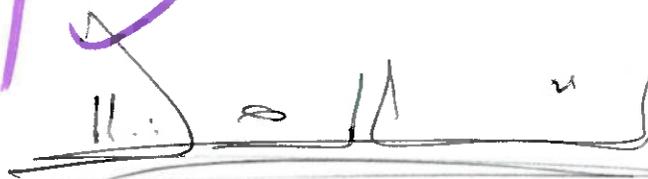
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00050 -01

Demandante: NORA RUTH DURAN DELGADO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

#### I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que NORA RUTH DURAN DELGADO promoviese contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

#### II. ANTECEDENTES

##### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se decrete la “nulidad” del traslado de régimen que realizó la actora del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello se ordene a Porvenir S.A. realizar el traslado a Colpensiones de todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, y gastos de administración.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de información que no le brindó Porvenir S.A. a la demandante, al momento de su traslado.

##### 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que el traslado solicitado se encuentra por fuera de los

términos que dispone la ley sobre la materia, esto es, cada cinco años y cuando le falten más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Indicó que, el traslado de la actora a Porvenir S.A fue de manera libre y voluntaria, pues de lo contrario debe acreditarse en juicio que le fue brindada información sesgada al momento o no se cumplió con el deber de información al momento de suscribirse el formulario de afiliación.

Señaló que, la accionante no era beneficiaria del régimen de transición para retornar al régimen de prima media según lo dispuesto en la sentencia SU-130 de 2013.

Finalmente adujo que, solamente vicia el consentimiento el error de hecho, el cual no acaeció dado que el error que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la accionante y la administradora de pensiones, por no tratarse de un error dirimente o de nulidad; y que es a la accionante quien le corresponde acreditar la falta en el deber de información.

Porvenir S.A contestó a través de Curador Ad Litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, y manifestó que se debían declarar las excepciones que oficiosamente se constituyeran, principalmente, expuso que no le constaban los hechos y que estos debían probarse.

### 3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO. – DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante a través de Horizonte S.A hoy Porvenir S.A, de fecha 30 de diciembre de 1996.

Y como consecuencia de ello tener a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad

**SEGUNDO. - ORDENAR** a Porvenir S.A a trasladar con destino a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, porcentaje de gastos de administración, bono pensional si hay lugar a ello, y porcentajes de primas de seguros de vida.

**TERCERO. - CONDENAR** a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida ordenándose la actualización de su historia laboral.

En síntesis, refirió que, dentro de las piezas procesales no se avizora que Porvenir S.A hubiera acreditado el cumplimiento de su deber de asesoramiento pues únicamente se allegó formulario de afiliación, y, por el contrario, la demandada si demostró que la información que le fue dada era precaria.

Agregó que, al declararse la ineficacia las cosas deben regresar a su estado original, como si la accionante hubiera estado afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad, devolviéndose la totalidad de aportes, rendimientos, y gastos de administración.

Finalmente adujo que, el derecho que nos ocupa es de rango constitucional y que por ende es de carácter imprescriptible.

#### 4. Argumentos de los Recurrentes

##### **Porvenir S.A**

Expuso que, de la prueba testimonial es posible extraer que en su momento Horizonte brindó asesoría a la demandante.

Indicó que, en la primera etapa de afiliación, y que fue la que cobijó a la accionante, no se dejaba constancia de las asesorías que se brindaban, por lo que exigir algo diferente al formulario de afiliación, es extender la carga de la prueba, la cual únicamente se ha colocado en cabeza de las administradoras cuando existe un derecho adquirido o se está ad-portas de adquirirlo.

Dijo que, la accionante se afilió libre y voluntariamente, por lo que el actor jurídico es plenamente es válido.

Agregó que, al ordenarse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro desconoce lo que la Ley 100 de 1993 le otorgó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que en dicha su artículo 20, se establece que se pagan por la administración de los aportes, y que esto va hacia unos fondos de solidaridad, lo que cobijo a la actora por más de 20 años, de modo que hay un enriquecimiento sin justa causa.

##### **Colpensiones**

Expresó que, nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la actora y Porvenir S.A y que, si bien esta última no probó que hubiera cumplido con el deber de información, es frente a la teoría del año y de la relatividad jurídica, que hace el daño quien debe repararlo, esto es, es Porvenir S.A.

Enunció que, a futuro con la decisión que tomó el Juzgador de Primera Instancia se genera un daño a Colpensiones por cuanto se verá avocada a asumir una prestación pensional, que no se podrá financiar con lo únicamente el afiliado, sino que será necesario que sea el Estado quien cubra lo restante.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

### III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

### IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

#### Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

#### **Ineficacia del traslado**

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se

crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 30 de diciembre de 1996 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Horizonte Pensiones y Cesantías (fl. 166) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008<sup>1</sup>, dijo:

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

---

<sup>1</sup> M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”*

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así mismo, y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

*“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

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

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

*(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación*

*de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”<sup>2</sup>*

Es por ello por lo que, en estos casos, la carga de la prueba se invierte en favor de la afiliada, ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 166 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con Horizonte Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la

---

<sup>2</sup> SL 1688-2019 Radicación No. 68838

información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

*“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Dura Delgado se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de diciembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte, así como de los testimonios rendidos por Yaneth Herrera Nossa y Juan Orlando Penagos Urrego se manifiesta que el asesor de Horizonte comentó sobre alguna de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente en la posibilidad de pensionarse a una edad anterior al régimen de prima media, y la posibilidad de hacer aportes, esto insuficiente para tener por confesa a la demandante o considerar que se acreditó el pluricitado deber de información en los términos antes mencionados.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”* (Negrilla fuera de texto)

Es por ello por lo que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, tal y como lo manifestó el juzgador de primer grado.

Del mismo modo, es necesario aclarar en relación con lo atinente a la descapitalización del fondo y la afectación al principio de sostenibilidad financiera, que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

Por lo anterior, no le existe razón a los recurrentes al considerar que se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otro lado, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Igualmente, en la sentencia SL638-2020, Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción, en grado jurisdiccional de consulta se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales de la afiliada.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

*“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

## V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00050 -01

Demandante: NORA RUTH DURAN DELGADO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

**RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia.

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

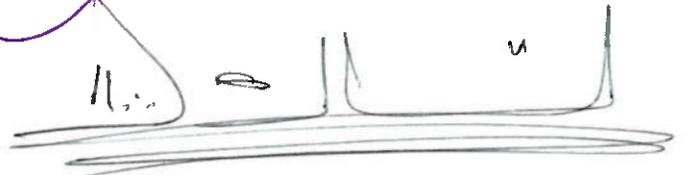
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA  
(Aclaración de Voto)



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER  
(Aclaración de voto)