

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Alejandra María Henao Palacio.

Bogotá, D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 007

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo, identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder allegada.

II. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (as) apoderados (as) de las demandadas **PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARGARITA ISABEL CONSTANZA DÍAZ POLANCO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANRÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “*nulidad*” del traslado de régimen que realizó la actora el 17 de marzo de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y
PORVENIR S.A**

Colfondos, al existir error de hecho que vició el consentimiento, así como los traslados que efectuó posteriormente a Porvenir S.A. y Protección S.A.

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, comisiones y bonos pensionales.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumenta la presunta falta de información suficiente por parte fondo privado al momento de efectuarse el traslado de la demandante.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 123-152) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Aduce que, la demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 34 años, por lo que no contaba ni con la edad ni con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición referido en el artículo 36 de la mentada ley, no siendo de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media.

Menciona que para la fecha en la que solicitó el traslado a Colpensiones, esto es 26 de septiembre de 2017, contaba con 57 años, encontrándose así en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Indica que la demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, como es el derecho de retracto y que al momento de la afiliación se encontraba frente a una mera expectativa.

Refiere que, en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación, sin que se esté frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Concluye indicando que, en caso de que se encontrara probada la nulidad deprecada, la misma no se alegó dentro del término establecido

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**

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

para ello conforme el artículo 1750 ídem, además, que la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 de la misma codificación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, (fls. 158-178) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

COLFONDOS S.A., (fls. 206-218) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción); adujo, en síntesis, que fue decisión personal de la demandante, libre de cualquier vicio del consentimiento, debidamente informada la que condujo a su traslado de administradoras del RAIS, decisión que fue ratificada con su traslado entre administradoras de este régimen.

Menciona que la actora suscribió válidamente formulario de traslado, siendo su vinculación a esta entidad un acto válido en la medida que suscribió solicitud de vinculación el día 17 de marzo de 1997, siendo esta una decisión libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la correspondiente asesoría por parte de Colfondos S.A., tal y como se hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación.

Indica que, en cuanto a la pretensión de nulidad de la afiliación a Colfondos, debe tenerse en cuenta que la misma debe demandarse dentro de un término expresamente señalado en la ley, encontrándose cualquier declaración de nulidad de la afiliación, prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

Menciona que, como lo establece el artículo 1509 ídem, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y que en caso de presentarse una nulidad, la misma sería relativa y se encontraría saneada por dos situaciones: por el paso del tiempo y la ratificación expresa y tácita de la actora, al trasladarse de administradora y realizar cotizaciones al régimen que reiteran su voluntad de permanencia.

Finaliza indicando que, los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en materia de nulidad de traslados de régimen tienen supuestos fácticos diferentes al presente caso, por lo que no es posible su aplicación, razón por la cual, tampoco es posible aducir la inversión de la carga de la prueba.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.**, (fls. 219-273) se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluida la de prescripción.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios

del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indica que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

El **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“PRIMERO: Declarar **NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: Declarar que el traslado de la señora Margarita Isabel Constanza Diaz Polanco identificada con C.C. No. 51.578.990, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por la AFP COLFONDOS S.A. fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos. **DECLARAR** así mismo ineficaces los traslados posteriores a las entidades **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**

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

TERCERO: Declarar que la señora Margarita Isabel Constanza Díaz Polanco, tiene derecho a estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, y que Colpensiones tiene a su vez la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas.

CUARTO: Ordenar a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. trasladar con destino a PROTECCIÓN S.A. la totalidad de los aportes que hubiesen recibido por motivo de la vinculación de la demandante a esas entidades, sin que haya lugar a descuento alguno y a su vez ordenar a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la señora Díaz Polanco, tales como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hay lugar, rendimientos, intereses, traslados de las otras administradoras de fondos de pensiones, sin que pueda efectuar ningún descuento, por ejemplo, a título de gastos de administración.

QUINTO: Ordenar a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante señora Díaz Polanco, que efectúen las administradoras demandadas, y convalidarlos en la historia laboral de la actora. (...)"

En síntesis, recordó que la H. Corte Constitucional en sus sentencias de unificación ha precisado que sólo las personas que fuesen beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, esto es, aquellos afiliados que contaran con 15 años de servicios para esa fecha, podrían trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media y recuperar el régimen de transición aunque les faltaran menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder a su derecho pensional, sin embargo, en el presente asunto, la demandante no encaja en lo anterior para poder permitir su regreso automático al RPM.

Refiere que, pese a lo anterior, lo solicitado por la demandante es la nulidad del traslado, al considerar que esa decisión no estuvo asistida de un deber de información amplio, oportuno, veraz y concreto sobre las características y condiciones de dicho traslado.

Menciona que, al revisarse las pruebas allegadas al plenario, se constata una omisión en el deber de información al no haberse ilustrado de manera suficiente a la demandante las condiciones y características de del régimen pensional al que se estaba trasladando, máxime cuando la carga probatoria de demostrar que cumplieron de forma completa y eficiente esa labor de informar, la tienen los entes demandados, observándose que esa carga o etapa contractual no aparece cumplida como lo exige la jurisprudencia.

Indica que, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, consagró el deber de información para garantizar la transparencia en las operaciones que realicen dichas entidades, que el deber de información al que hace referencia la H. Corte Suprema de

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A**

Justicia debe brindarse con el ánimo de establecer la verdadera vocación, ánimo o voluntad del afiliado de cambiarse de régimen pensional, pues ese es el propósito de que se brinde la información.

Expone que, lo que debe alegarse en este caso no es la nulidad del traslado, pues la consecuencia que se deriva de la omisión al deber de información es la ineficacia, criterio expuesto por la mencionada Corporación.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas el A Quo indicó que este fenómeno no se configura, pues mientras el derecho pensional esté en etapa de conformarse es imprescriptible.

4. Apelación de la sentencia - argumentos de los recurrentes

Protección S.A., adujo que la deducción de los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de administración ya se realizó como consecuencia de una imposición legal válida, exequible, aplicable y vigente, pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de estos dineros.

Menciona que, en caso de que se ordene a Protección S.A. devolver esos conceptos a Colpensiones, no debe proceder el traslado de los aportes de la demandante con todos los rendimientos generados producto de la gestión y buena administración que realizó esa entidad durante todo el tiempo que la accionante estuvo afiliada, sólo habría lugar a trasladarse los aportes que se generaron pero sin los rendimientos, pues al declararse la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior, y por lo tanto no se debería trasladar esos gastos de administración.

Por su parte **Colpensiones** expresa que, si bien en diversa jurisprudencia se ha endilgado la carga de prueba en cabeza de la AFP a la que estaba vinculada la accionante, para la fecha en la que realiza el traslado de régimen, esto es para el año 1997, la obligación de documentar la asesoría no existía y el único documento que permite constatar dicha asesoría previa y posterior consentimiento de la actora es el formulario de afiliación.

Menciona que en el interrogatorio de parte, se evidencia que la accionante conoce las características del RAIS y que su traslado se dio con plena convicción y consentimiento informado, el cual manifestó a través del formulario de afiliación que obra en el expediente.

Aduce que las características de los regímenes, que se echan de menos por el despacho, a pesar de haber sido indicadas en una asesoría previa, son de obligatorio conocimiento para todos los ciudadanos.

Resalta que la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, no tenía alguna característica especial, pues para el año 1997 contaba con 35 años, lo que quiere decir que le faltaban 20 años para acreditar el requisito de edad para acceder a una pensión.

Expone que esa entidad ha presentado total oposición a las pretensiones y hechos de la demanda, como quiera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2004, por lo que se le imposibilita a esa entidad tener a la actora dentro de sus afiliados e imponer costas genera una carga que no debería asumir, pues ha actuado dentro de esa prohibición legal, sin desconocer ninguna prerrogativa que permita a la demandante realizar un traslado de régimen pensional, máxime cuando el Juez de primer grado resaltó que la accionante no se encuentra de las personas a las que hace referencia la sentencia SU-062 de 2010.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de la misma anualidad, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las apoderadas de la demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestación, así como en el recurso interpuesto.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y 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.

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.

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.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante

décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regimenes

	Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regimenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701
Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y
PORVENIR S.A**

Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento

que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y
PORVENIR S.A**

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a l. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) 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

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**

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

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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En cuanto al argumento presentado por la parte apelante Colpensiones referente a que la demandante debía conocer la ley o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 17 de marzo de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. (fl. 216) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente estaba cotizando a la Caja de Previsión Social del Distrito.

A folio 216 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 17 de marzo de 1997 con la AFP Colfondos S.A., 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 expuestos por la Sala

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**

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

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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*³

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Colfondos S.A., Protección S.A y Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

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.

En efecto en 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

³ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad.

Frente a la inconformidad del demandado apelante respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, 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.”

Código Único de Identificación: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**
Demandado: **COLPENBIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y
PORVENIR S.A**

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 aparea 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 nulidad 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".*

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: 11001310501720180065701

Demandante: **MARGARITA ISABEL CONSTANZA DIAZ POLANCO**

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

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,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Alejandra María Henao Palacio.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 007

AUTO:

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

CUARTO: TÈNGASE como procuradora principal de Porvenir S.A. a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.

QUINTO: RECONOCER personería adjetiva a la abogada DANIELA PALACIO VARONA, identificada con C.C. No. 1.019.132.452 y T.P. No. 353.307 del C.S. de a J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, y estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad absoluta" del traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Porvenir S.A. el traslado del monto total existente en la cuenta de ahorro individual del accionante.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado del actor.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 83-93) se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre estas la de prescripción.

Adujo que, no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación del actor al RAIS, pues esta tiene plena validez y legalidad, ya que el demandante no probó alguna de las causales de nulidad, y por el contrario confesó que se afilió a Porvenir, con lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando estuvo afiliado por más de 18 años al RAIS realizando aportes.

Menciona que existe un principio del derecho el cual establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por ende el demandante no puede establecer que fue negligente por más de 18 años para preguntar y averiguar si lo manifestado por el asesor del fondo privado era o no verdad, siendo obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación.

Indica que la afiliación del accionante acaeció en el año 2001 y al haber transcurrido 18 años es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido acontecer, ya que el demandante nunca dejó de cotizar y tampoco se observa algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado.

Refiere que el traslado del demandante no es procedente, toda vez que en la legislación se encuentra prohibido el traslado de régimen para aquellas personas que se encuentran a 10 años o menos de adquirir la edad pensional, situación en la que se encuentra el accionante, además que no es beneficiario del régimen de transición y su traslado al RAIS es legal y válido.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, (fls. 50-82) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que considera tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

En resumen, adujo que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Menciona que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Narra que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues él sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

La **A quo** dictó sentencia condenatoria:

Código Único de Identificación: 11001310502920190022001

Demandante: **GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

*“ **Primero:** Declarar la ineficacia de la afiliación del señor German Antonio Orjuela Medina identificado con C.C. No. 4.164.521, realizada ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 25 de mayo de 2001, con efectividad a partir del 01 de junio del mismo año. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

***Segundo:** Ordenar a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante German Antonio Orjuela Medina, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

***Tercero:** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. (...)*

Para llegar a esa conclusión, se inicia por hacer un breve recuento de lo expuesto en la demanda y contestaciones y posteriormente recapitula el problema jurídico a resolver, el cual consiste en determinar si había lugar a decretar la “nulidad” del traslado de régimen que hiciera el accionante del RPM al RAIS y recuerda que el fundamento de las pretensiones de la presente fue la falta de información necesaria para decidir su traslado.

Menciona que la H. Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial, en la que ha dispuesto que por ser esta una materia tan importante los fondos deberían informar de manera clara y precisa no solamente las ventajas sino también las desventajas aplicándolas al caso particular, además de establecer la inversión de la carga de la prueba, siendo el fondo el que debe probar que efectivamente se dio ese tipo de asesoría, además, otra de las reglas dispuestas por esa Corporación es que la simple firma del formulario no es prueba suficiente de un consentimiento informado.

Para el caso concreto, aduce que nos ubicamos en el año 2001, fecha en la cual el demandante se trasladó de fondo pensional y se afilió a Porvenir, pues para ese año existía legalmente ese deber de información, el cual, a veces de la prementada Corporación tiene que ver con la ilustración de las características, condiciones, acceso, efecto y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Por lo anterior, procedió a estudiar las pruebas allegadas para determinar si se cumplió o no con esa obligación, la cual únicamente corresponde al formulario de afiliación allegado, el cual fue firmado de manera libre y voluntaria por el demandante, sin embargo la Corte

Suprema de Justicia ha informado que la simple firma de ese formulario no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

Así mismo, indica que se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante, quien mencionó que únicamente se le informaron aspectos como la terminación del ISS y el inconveniente que se tenía al permanecer en esa entidad y por demás, aspectos como que al momento de cumplir los requisitos para pensionarse podría obtener la devolución de saldos, lo cual resulta errado pues ello opera cuando no se cumplen los requisitos para pensionarse y no se obtiene la garantía de pensión mínima, tampoco se le dijo sobre los requisitos para pensionarse en el ISS, ni sobre los aportes voluntarios, la pensión anticipada ni sobre las diferentes modalidades de pensión que existen en el RAIS, es decir, ni siquiera se le explicaron las características generales de cada uno de los regímenes pensionales.

Recuerda que la ley y la jurisprudencia exigen que no solamente se ilustre al ciudadano no solo de las características del régimen al que se va a trasladar sino también de aquel que decide abandonar, para que bajo un amplio conocimiento escoja a su juicio el que mejor le parezca.

Finiquita indicando que, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, no se encuentra que el fondo cumplió con el deber legal que tenía de brindar la información amplia, clara, suficiente y veraz, al menos para la época en que fue afiliado el demandante, respecto de las condiciones generales de cada uno de los regímenes pensionales y por ello, deberá declararse la ineficacia del traslado.

4. Apelación de la sentencia - argumentos de la recurrente

PORVENIR S.A.

Indicó que, al momento en el que el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional esa entidad cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época del traslado, esto es el año 2001, habiendo el demandante recibido la información veraz, necesaria y suficiente para comprender las consecuencias del traslado de régimen que estaba realizando.

Menciona que, para esa época no se establecía la obligación de documentar la información brindada al posible afiliado, solo bastaba con la firma del formulario tal y como se estableció en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que se está sometiendo a Porvenir a un imposible, pues se le está exigiendo que demuestre el cumplimiento de

Código Único de Identificación: 11001310502920190022001
Demandante: **GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

formalidades no vigentes para el momento de la afiliación del demandante y que nacieron a la vida jurídica con posterioridad, con desarrollo jurisprudencial y normas expedidas posteriormente, las cuales no tienen naturaleza retroactiva.

Refiere que el deber de información no debe entenderse de manera unilateral, ya que el demandante también estaba en la obligación de informarse acerca de las condiciones pensionales, máxime cuando goza de plenas capacidades y teniendo en cuenta que por disposición legal la libertad de información está en cabeza del afiliado.

Expone que, debe tenerse en cuenta que las características y reglamentación de los regímenes pensionales se encuentra en la Ley 100 de 1993, que se presume de conocimiento público.

En cuanto a la orden de devolver los rendimientos y no descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, esa condena no resulta viable porque al ser la afiliación del demandante ineficaz, se entiende que esa entidad nunca administró los recursos aportados por el actor y por lo tanto tampoco se generaron los rendimientos que gracias a la debida administración de esa sociedad obtuvo en su cuenta de ahorro individual, situación que realizó en cumplimiento de los mandatos legales que estaba obligada a acatar.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 del enero del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones.

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:

¿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.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Código Único de Identificación: 11001310502920190022001
Demandante: **GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo si se ha exployado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada si es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los

	663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría	Ley 1748 de 2014 Artículo 30 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

Código Único de Identificación: 11001310502920190022001
Demandante: GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera

libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

"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.

...Paralelamente, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento

de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en

torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 25 de mayo del año 2001 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. (fl. 51) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

A folio 51 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 25 de mayo de 2001 con las AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refieren 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, según los cuales *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*¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

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.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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.

En efecto en 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 de 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 que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad.

Frente a la inconformidad del demandado apelante respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, 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 nulidad 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”*.

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

I. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

II. 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 providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

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,


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Alejandra María Henao Palacio.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte demandada **contra la sentencia** proferida por la **Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación** el 27 de noviembre de 2020 dentro del proceso sumario que **IVÁN RODRÍGUEZ LUNA** promoviese contra **MEDIMAS EPS**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende la cobertura de los procedimientos, actividades, o intervenciones incluidas en el plan de beneficios en salud, que fueron negadas por la EPS; y que de manera urgente se programe cita con médico cirujano para que reevalúe el proceso de recuperación del demandante.

Se edifica el documento introductor en el accidente en alturas que sufrió el accionante el pasado 25 de septiembre de 2019, así como en la falta de programación de una consulta con médico cirujano como consecuencia de tal siniestro, pese a que ya terminó sus incapacidades y realizó la totalidad de sus terapias.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda y sin presentar excepciones a su favor, expuso, en síntesis, que para el 31 de octubre de 2020 le fue programada al actor cita con el Doctor Fernando Augusto Romero Flechas, advirtiendo que fue imposible establecer una comunicación efectiva con el demandante.

Finalmente agregó que, siempre está presta a garantizar los servicios de sus usuarios, y que es deber del usuario propender por su autocuidado, el de su familia, y el de su comunidad.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. - **ACCEDER** a las pretensiones formuladas por el actor

SEGUNDO. - **ORDENAR a MEDIMAS EPS**, que proceda a atender con prioridad el asunto, otorgándole un plazo de cinco días una vez notificada la presente sentencia, para que agende y realice la **CONSULTA AMBULATORIA ESPECIALIZADA CONTROL O SEGUIMIENTO CIRUGIA DE MANO**, al señor **IVÁN RODRÍGUEZ LUNA**, en una IPS adscrita a su red.

Para fundamentar su decisión refirió, en síntesis, que son las EPS las responsables de cumplir sus funciones como aseguradoras, por lo que deben garantizar una mayor organización, con la mayor oportunidad y calidad posible, de los servicios de salud y de atención a la enfermedad que requieran sus afiliados.

Frente al caso concreto indicó que, de la verificación técnica elaborada por el médico Hernando Enrique Quevedo Martínez, se consideró que **aún estaba pendiente una cita ambulatoria especializada para control o seguimiento de cirugía de mano** que debía ser prestada por la demandada.

4. Argumentos del Recurrente

Inconforme con la decisión, adujo que debe darse por terminado el proceso, en la medida que la solicitud carece de objeto, por haberse programado cita para el accionante para el 31 de octubre de 2020.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe causal de 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.

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:

¿Existe carencia actual de objeto de la petición que elevó el accionante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

De las prestaciones asistenciales a cargo de las E.P.S.

Las Entidades Promotoras de Salud-EPS cumplen la función de aseguradoras en salud, pues son ellas las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las EPS en cada régimen son responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento.

Igualmente, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Por lo anterior, es claro que la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008, establece que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se

encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello, que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se "requiere", pero no así cuando el servicio es "útil" y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

El caso concreto.

Descendiendo al caso de estudio, se evidencia que mediante la atención de consulta médica ante la IPS Universitaria del 10 de marzo de 2015, el médico tratante, ordenó al demandante **consulta de control o de seguimiento por especialista en cirugía plástica, estética y reconstructiva.** (fl.8).

Igualmente, con la información allegada al plenario se solicitó la revisión de la profesional de la salud Yeimi Carolina Florián Díaz, quien expuso que, la consulta requerida se encontraba dentro del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC (fl.11).

Ahora bien, la demandada allega pantallazo de las citas del accionante, donde se pone de presente que la cita con cirujano plástico ya le fue programada para el 31 de octubre de 2020, afirmando que no fue posible entablar comunicación con el demandante (fl.18 y 22).

Al respecto, el galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez conceptuó que el Doctor Juan Sebastián Caicedo Luna, el 22 de enero de 2020 ordenó cita de control cirugía de mano, de lo que, una vez revisado el sistema de la Superintendencia Nacional de Salud, concluyó sobre tal situación que no había ningún tipo de registro, por lo que recomendaba que se ordenara tal consulta.

De esta manera, dado que estamos frente a un tratamiento médico en salud, de índole integral, y que además dentro de las pretensiones se pretende la cobertura de los procedimientos, actividades, o intervenciones incluidas en el plan de beneficios en salud, que no han sido reconocidas por la EPS, y que la pasiva tan solo se manifestó frente a la autorización de manera urgente de cita con médico cirujano en favor del accionante, que se entiende ya se reconoció, se considera acertada la decisión del *A quo*, pues ciertamente no aparece acreditado en el plenario que se hubiera ordenado la cita de control de cirugía de mano del accionante. Recuérdese que lo que se persigue es el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones.

Corolario de lo anterior la sentencia se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

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. – **CONFIRMAR** la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

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.

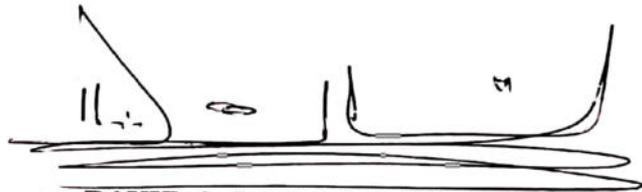
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501520190032101

Demandante: **GERMAN ORJUELA BAQUERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Alejandra María Henao Palacio.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 007

AUTO:

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

I. ASUNTO A TRATAR

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - en favor del demandante - la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GERMÁN ORJUELA BAQUERO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

La parte demandante aspira a que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 14% y 7% por personas a cargo a partir del 12 de abril de 2013, así como los intereses moratorios e indexación por dicho concepto.

2. Actuación Procesal.

Notificada la entidad demandada, COLPENSIONES, dio respuesta al libelo genitor, exponiendo, en síntesis, que las pretensiones del demandante carecen de fundamento fáctico y jurídico, lo que las hace

Código Único de Identificación: 11001310501520190032101

Demandante: **GERMAN ORJUELA BAQUERO**

Demandado: **COLPENSIONES**

improcedentes al considerar que el incremento pensional por cónyuge e hijo menor a cargo sólo procede en los casos en que se acredite dependencia económica de éstos respecto del pensionado, situación que no fue probada en el presente caso.

Aduce que, si no se verifica el estricto cumplimiento de los requisitos y exigencias legales para el reconocimiento de prestaciones pensionales, como en este caso, la decisión deber ser negar el derecho, máxime cuando la omisión del accionante de no probar en debida forma los supuestos fácticos en los que sustenta sus peticiones, no puede ser óbice para que la entidad resulte eventualmente condenada.

Concluye mencionando que el derecho pretendido se encuentra prescrito, pues al actor se le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución GNR 063651 de 2013 y elevó la reclamación administrativa el 3 de abril de 2019, habiéndose realizado por fuera del término prescriptivo trienal establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPTSS.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción).

3. **Providencia apelada**

El **A quo** dictó sentencia absolutoria en los siguientes términos:

“PRIMERO. - ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el demandante Germán Orjuela Baquen, conforme las razones expuestas en la parte motiva y en estos términos declarar probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y prescripción del derecho a reclamar el incremento pensional que fue objeto de este proceso, conforme los motivos expuestos en la parte motiva. (...)”

En síntesis, adujo que existían posiciones encontradas entre la H. Corte Suprema de Justicia y la H. Corte Constitucional frente a la prescripción o no de los incrementos pensionales.

Refiere que, la primera de las Corporaciones mencionadas, en múltiples sentencias, consideraba que, aplicando la primera parte del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, esos incrementos pensionales eran un derecho accesorio y seguían la suerte de la prescripción general de todos los derechos sociales, es decir, el término trienal.

Indica que la H. Corte Constitucional en algunas de sus Salas avalaba esa posición de la prescripción total del derecho al reconocimiento al incremento pensional, y había otra posición de otras Salas, en donde, atendiendo el segundo aparte del artículo mencionado, los incrementos pensionales prescribían de forma parcial, ya que subsisten mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Aduce que, estas posiciones de la H. Corte Constitucional tuvieron unificación en la sentencia SU 140-2019, en la cual, se dijo que no fue la intención del legislador al expedir la Ley 100 de 1993 conservar o mantener estos beneficios extrapensionales como es el incremento pensional por persona a cargo; también que estos no se mantuvieron vigentes con la expedición de dicha norma, por lo que es improcedente la aplicación de una disposición normativa que ya se encuentra derogada.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 13 de octubre del 2020, se admite el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 18 de enero del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en su contestación.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

La competencia la tiene esta Corporación a la luz de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueren totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un tema que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de **derogatoria orgánica** a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 **dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994**, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994. En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1° de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

CASO CONCRETO

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del

Código Único de Identificación: 11001310501520190032101
Demandante: **GERMAN ORJUELA BAQUERO**
Demandado: **COLPENSIONES**

régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución GNR 063651 del 15 de abril de 2013, obrante a folio 14-17 del plenario.

Consecuentemente, estando probado en el proceso que al demandante es pensionado en el riesgo de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994, debe concluirse necesariamente que no le asiste el derecho al incremento pensional por personas a cargo que reclama con fundamento en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; lo anterior, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, pues al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de justicia incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

Así las cosas, se tiene que como el demandante goza actualmente de una pensión de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994 resulta claro nítido que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

En esta instancia no se causaron costas.

IV. 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**

Código Único de Identificación: 11001310501520190032101
Demandante: **GERMAN ORJUELA BAQUERO**
Demandado: **COLPENSIONES**

LABORAL,

V. RESUELVE

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia consultada.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!